

**FERNANDA
NUNES
BARBOSA**

biografias
e liberdade
de expressão

CRITÉRIOS PARA
A PUBLICAÇÃO DE
HISTÓRIAS DE VIDA

SÉRIE
PAUTAS *em*
DIREITO





Fernanda Nunes Barbosa

BIOGRAFIAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Critérios para a publicação de histórias de vida



© Fernanda Nunes Barbosa, 2016

Capa

Paola Manica

Revisão

Fernanda Lisbôa

Todos os direitos desta edição reservados a

ARQUIPÉLAGO EDITORIAL LTDA.

Rua Hoffmann, 239/201

CEP 90220-170

Porto Alegre — RS

Telefone 51 3012-6975

www.arquipelago.com.br

— Nós queremos respeitar a piedade, minha senhora. Entretanto, gostaríamos que a senhora nos dissesse...

— ... o quê? A verdade? é só esta: que sou, sim, a filha da senhora Frola...

— Ah!

— ... e a segunda esposa do senhor Ponza...

— Oh! Como assim?

— ... sim, e para mim nenhuma, nenhuma!

— Ah, não, senhora. Para si própria a senhora deve ser ou uma ou outra!

— Não, senhores. Para mim, sou aquela que se crê que eu seja.

— Eis aí, senhores, como fala a verdade! Estão contentes? Ah, ah, ah, ah!

Luigi Pirandello
Assim é (se lhe parece)

Sumário

[Prefácio](#)

[Introdução](#)

[1 A importância do conceito de biografia para a adequação do direito](#)

[1.1 O que significa uma biografia?](#)

[1.2 A biografia como gênero histórico](#)

[1.3 A biografia como gênero literário](#)

[1.4 O dever do biógrafo de colocar o fato em dúvida \(submetendo-o à confirmação\) e as autobiografias](#)

[1.5 O conceito jurídico de biografia](#)

[1.5.1 Elementos estruturais](#)

[1.5.2 Da estrutura à função](#)

[2 Liberdade de expressão e direitos da personalidade: potenciais conflitos](#)

[2.1 Liberdade de expressão stricto sensu e outras liberdades no contexto constitucional brasileiro](#)

[2.2 A liberdade de expressão lato sensu como fundamento para a publicação de obras biográficas](#)

[2.3 A liberdade de expressão e os direitos da personalidade no contexto das biografias nos Estados Unidos: um exemplo a seguir?](#)

[2.4 Os direitos da personalidade na narrativa de histórias de vida: do merecimento de tutela à abusividade](#)

- [2.4.1 Da narração à violação da honra](#)
- [2.4.2 Da narração à violação da identidade pessoal: os direitos ao nome, à imagem-retrato e à imagem-atributo](#)
- [2.4.3 Da narração à violação da privacidade](#)
 - [2.4.3.1 A privacidade “comodificada”](#)
- [2.5 A ponderação de direitos constitucionais](#)
- [2.6 O tempo no direito: entre memória e esquecimento](#)

[3 Possíveis critérios para a solução do conflito e as formas de tutela dos direitos contrapostos](#)

[3.1 Critério subjetivo](#)

- [3.1.1 Fama e interesse público: celebridades, pessoas notórias e agentes políticos](#)
- [3.1.2 Figuras públicas vs. anônimos](#)
- [3.1.3 Do protagonista da história ao protagonista do relato: o biógrafo](#)

[3.2 Critério objetivo](#)

- [3.2.1 O desvelo das fontes: a biografia como pesquisa e o pressuposto do sigilo das fontes](#)
- [3.2.2 O dever de informar do biógrafo como direito do biografado e das pessoas retratadas na obra](#)

[3.3 Critério temporal](#)

- [3.3.1 Pessoas falecidas e pessoas vivas: o fim da personalidade é critério legitimador para a publicação de biografias?](#)
- [3.3.2 A história em movimento: não existe biografia definitiva](#)

[3.4 Critério do meio de divulgação](#)

- [3.4.1 Meios não perenes e perenes](#)
- [3.4.2 O impresso e o digital, o cinema e a televisão](#)

[3.5 Critério consequencialista](#)

3.5.1 As consequências sociais, políticas e econômicas: o legítimo interesse público e social

3.5.2 As consequências pessoais para os sujeitos envolvidos: os terceiros e a função social das biografias

3.6 As formas de tutela dos direitos contrapostos

3.6.1 As tutelas judiciais diante de uma obra biográfica: a questão da censura

3.6.2 A autorregulamentação do setor é uma alternativa?
A tese da autorregulamentação do setor e o modelo das agências reguladoras

Conclusões

Agradecimentos

Referências

Prefácio

Desafiadoras questões moveram a investigação empreendida por Fernanda Nunes Barbosa no livro *Biografias e liberdade de expressão: critérios para a publicação de histórias de vida*, que o leitor ora tem em mãos. A obra, oriunda da tese de Doutorado em Direito Civil defendida pela autora perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, aprovada com distinção, louvor e com recomendação de publicação, que tive o privilégio de orientar, dedica-se, com criatividade, inteligência e sob estrito rigor científico, a construir parâmetros de qualificação para a análise do intérprete do tormentoso problema das biografias não autorizadas.

Tema que tem suscitado significativas controvérsias e notórias ações judiciais, o problema das biografias não autorizadas foi objeto de controle concentrado de constitucionalidade pelo Judiciário brasileiro. Em julho de 2012, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) ajuizou a ADI 4.815, questionando a compatibilidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil com a Constituição Federal. Pretendiam os editores, através dessa ação, obter a “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto” dos mencionados dispositivos, com vistas a impedir sua interpretação no sentido de condicionar a publicação e/ou a veiculação de obras biográficas à autorização prévia de biografados, de pessoas nelas retratadas como coadjuvantes e, em ambos os casos, de familiares, em se tratando de pessoas falecidas.

A inconstitucionalidade residiria na violação das liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), bem como do direito à informação (CF, art. 5º, XIV) em relação à vida privada de um indivíduo, sendo necessário vedar a interpretação que admitiria essa espécie de “censura privada”. De fato, o art. 20 do Código Civil determina que, “salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”, a publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa podem ser por ela proibidas, dispondo o artigo subsequente caber ao juiz tomar as medidas necessárias, a requerimento do interessado, para impedi-las ou fazê-las cessar, uma vez que “a vida privada da pessoa natural é inviolável” (art. 21 do CC).

A Procuradoria da República, em parecer nos autos, manifestou-se favoravelmente à declaração de inconstitucionalidade, considerando que a exigência constante no art. 20, mesmo se motivada pelo propósito da proteção dos direitos da personalidade, “configura restrição legal manifestamente desproporcional aos direitos fundamentais à liberdade de expressão e ao acesso à informação, consagrados pela Constituição da República”. De acordo com o parecer, os preceitos legais impugnados teriam impedido a publicação de diversas biografias de personalidades públicas, como ocorreu com obras sobre Guimarães Rosa e Roberto Carlos: “Tal sistemática viola não apenas o direito dos autores e editores das obras proibidas, como também o de toda a sociedade, que se vê privada do acesso à informação relevante e à cultura”.

Foi esta a tese que prevaleceu junto ao Supremo Tribunal Federal. Em junho de 2015, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI 4.815 e declarou inexigível

a autorização prévia para a publicação de biografias literárias ou audiovisuais. Seguindo o voto da relatora, Min. Cármen Lúcia, a decisão conferiu interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, invocando os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, entendendo-se desnecessária a anuência do biografado (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). A ministra destacou que a Constituição prevê, nos casos de violação da privacidade, da intimidade, da honra e da imagem, a reparação indenizatória, e proíbe “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Assim, afirmou, não seria “proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição”, já que “a norma infraconstitucional não pode amesquinhar preceitos constitucionais, impondo restrições ao exercício de liberdades”.

Fernanda Nunes Barbosa, no entanto, afastando-se de qualquer escolha apriorística, segue original linha a partir da definição do próprio conceito de biografia, tendo em conta uma leitura multidisciplinar que permite construir, afinal, a noção juridicizada, ao mesmo tempo estrutural e funcional, de uma obra dessa natureza. Ela é entendida “como toda narrativa longa sobre a vida de alguém contada por outrem, a partir de dados coletados de fontes não anônimas, que resulta em uma versão dentre várias possíveis, com a finalidade de promover valores sociais como a cultura e a preservação da memória”.

Definido o objeto, Fernanda aborda as divergências teórico-filosóficas em torno dele, materializadas no embate entre liberdade de expressão e tutela da personalidade, no problema da institucionalização da censura e nas críticas à discricionariedade

interpretativa da atividade jurisdicional, ricamente ilustrada por uma série de casos concretos e seus diferentes resultados nos tribunais brasileiros, bem como pela análise de biografias publicadas no Brasil de personalidades como Roberto Carlos, Garrincha, Nelson Rodrigues, Doca Street e outros.

Apresentados os conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, defende Fernanda a ponderação como a técnica mais aconselhável para a efetiva promoção da dignidade da pessoa humana, tomando como premissa o afastamento de qualquer funcionalização da pessoa em razão da narrativa histórica ou da criação literária. Ao autor da obra competirá “organizar o universo dos discursos”, de modo a evitar essa armadilha.

Ao longo do trabalho, dedica-se a apontar os critérios legitimadores de uma biografia frente à tutela da personalidade humana, isto é, os parâmetros de legitimação da narrativa biográfica, bem como as formas de tutela dos direitos do biografado, de modo a promover a adaptação dos sistemas material e processual ao tema específico da publicação de biografias. Dentre os critérios subjetivos de análise de legitimidade de uma biografia, ao lado do exame da pessoa biografada (pessoa notória ou anônima; presença ou ausência de interesse público), conclui pela necessidade de se analisar também a pessoa do biógrafo. Considerando que ambos são protagonistas (embora não os únicos interessados) dos direitos em conflito e de suas respectivas limitações, direcionar para apenas um deles a investigação, atribuindo os ônus somente ao biografado, seria ilegítimo e iníquo.

Outro importante critério da investigação diz respeito ao percurso trilhado pelo biógrafo como critério objetivo a ser apreciado pelo intérprete. Sustenta a autora que o biógrafo deve apontar suas fontes

e subtrair-se ao anonimato, entendendo que a transparência deve ser a principal característica de uma obra que se propõe a revelar a vida de outrem. Nesse sentido, a comprovação dos fatos narrados por qualquer meio (por exemplo, provas fotográficas), longe de agravar a lesão ao biografado, resultaria em uma forma de legitimar o trabalho do biógrafo, como se exemplifica a respeito da biografia *Estrela solitária: um brasileiro chamado Garrincha*.

Relevante ainda para a ponderação do intérprete será, na visão de Fernanda, o afastamento das alegações de que apenas o biografado mesmo poderia contar a sua história, por se compreender ser mais salutar para o amadurecimento da democracia e da própria sociedade que as críticas, as divergências e os elogios façam parte da arena pública. Aponta-se, nesse particular, os perigos da versão única, especialmente quando se trata da biografia de políticos.

Igualmente relevantes se consideram o meio de divulgação, entendendo-se que o meio mais perene e de maior alcance requer uma produção biográfica mais cuidadosa do que se a publicação ocorre em veículo de menor durabilidade e abrangência, e, ainda, um critério consequencialista, vale dizer, as consequências sociais, políticas e econômicas, de um lado, e as consequências pessoais para os sujeitos envolvidos, de outro, decorrentes da publicação. Incluem-se no núcleo dessas preocupações os interesses de terceiros, aqui tratados como “figuras públicas involuntárias”, como solução imperativa à conservação do direito de biografar e de ler biografias. Por fim, quanto às formas de tutela dos direitos em litígio, sustenta-se a possibilidade de tutelas preventivas como a retirada de uma obra do mercado sem que isso configure, por si só, qualquer tipo de censura – entendida esta, diversamente, apenas como a possibilidade de legitimados legais vetarem a publicação de uma

obra pelo simples fato de ser biográfica, invocando argumentos como o pertencimento exclusivo da história.

A obra se encerra com instigante proposta: sugere como alternativas possíveis, a depender das circunstâncias de cada caso, medidas tanto em âmbito judicial quanto na esfera extrajudicial. Assim, para alguns casos, uma alternativa poderá ser o uso da *advertência* (de que a biografia é não autorizada) no lugar da *autorização*. Em outros, a advertência não será suficiente, e a decisão judicial poderá ser, em último caso, a retirada da obra do mercado.

A restrição à liberdade comunicativa, especialmente se *ex ante*, dependeria da comprovação de que o direito à liberdade fora ultrapassado no caso concreto, cabendo ao ofendido fazer essa prova, sobretudo com a juntada da obra contestada à sua petição inicial e destacados os pontos controversos. De todo modo, defende-se a ideia de que sanções de caráter mais brando devem ser preferidas àquelas que importem o recolhimento da biografia das livrarias, tudo como forma de melhor proteger a pessoa tanto contra os abusos praticados pelo que se diz como, em igual medida, por aquilo que se proibiu que fosse dito.

Para a construção de uma disciplina jurídica para as narrativas biográficas que seja coerente com nosso passado e com nossa cultura, faz-se imprescindível a busca de nossos próprios critérios, adequados ao cenário brasileiro. Esse papel incumbe justamente à doutrina, que ora recebe uma substancial contribuição, em uma obra que prima tanto pela qualidade acadêmica quanto literária.

Uma chave de compreensão do modo brasileiro de lidar com o tesouro e o fardo da liberdade de expressão talvez se possa extrair de uma das frases mais famosas do século passado, proferida por

Getúlio Vargas quando ele próprio se defrontava com sua biografia e, em particular, com o limiar da vida: “saio da vida para entrar na História”. E a sociedade tem mesmo o direito a que todas as histórias um dia sejam contadas.

Maria Celina Bodin de Moraes

Professora Titular da UERJ.

Professora Associada da PUC-Rio.

Introdução

O presente livro é fruto de tese de doutoramento defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação da Professora Doutora Maria Celina Bodin de Moraes e cuja banca de avaliação foi composta pelos Professores Doutores Gustavo Binenbojm, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Eugênio Facchini Neto e Otávio Luiz Rodrigues Junior, no primeiro semestre de 2015.

O tema das biografias, nos diversos campos em que se deve buscar embasamento teórico para bem compreendê-las, ainda que envolva uma pluralidade de questões que aqui serão abordadas, conduz, invariavelmente, a uma problemática inaugural: *a quem pertence a biografia?*

Discussões em torno do pertencimento como “qualidade de próprio” são quotidianas no universo dos direitos não patrimoniais. Para ilustrar e introduzir o problema, seja-nos permitido lembrar o caso de Henrietta Lacks. Em setembro de 1951, aos 30 anos, Henrietta Lacks estava morrendo, vítima de um câncer no colo do útero. Negra, pobre, mãe de cinco filhos e sulista de Baltimore (EUA) durante o período de segregação racial, os médicos não conseguiam entender como os tumores haviam tomado seu corpo em tão pouco tempo, vindo a matá-la em 4 de outubro do mesmo ano. A história de Henrietta, no entanto, virou livro, *A vida imortal de Henrietta Lacks*, de Rebecca Skloot, que foi traduzido para o português por Ivo Korytowski e publicado pela editora Companhia das Letras. Está catalogado como Biografia-Medicina-Saúde, porque um pedaço de

seu corpo foi extraído para pesquisas e revolucionou a ciência do século 20. Mas a questão que pende é: poderiam tê-lo feito, como de fato o fizeram, ainda que a benefício da ciência, sem o consentimento (autorização) de sua família? De quem é o direito sobre os dados/informações constantes do próprio corpo? Nesse sentido, questiona-se também: de quem são os dados/informações que contam a vida de uma pessoa?

A História, a Antropologia, a Sociologia, a Psicologia, a Filosofia, a Literatura e o Jornalismo, a partir de suas premissas próprias, socorrem o jurista com diversificado suporte teórico e mesmo prático fundamental no caminho pela busca de uma resposta satisfatória a essa pergunta. Mas a relevância do estudo interdisciplinar não se restringe à indagação que permitirá à obra ganhar o espaço público, ainda que “não autorizada”. É ele também que permitirá a compreensão do próprio objeto, a partir do qual se poderá descobrir “a potencialidade normativa da lei [aplicável às biografias] no quadro do ordenamento”.¹ Afinal, o que significa uma biografia?

Em *O espaço biográfico: dilemas da subjetividade contemporânea*, Leonor Arfuch assim refere, já no início de sua apresentação:

A simples menção do “biográfico” remete, em primeira instância, a um universo de gêneros discursivos consagrados que tentam apreender a qualidade evanescente da vida opondo, à repetição cansativa dos dias, aos desfalecimentos da memória, o registro minucioso do acontecer, o relato das vicissitudes ou a nota fulgurante da vivência, capaz de iluminar o instante e a totalidade. Biografias, autobiografias, confissões, memórias, diários íntimos, correspondências dão conta, há pouco mais de dois séculos, dessa obsessão por deixar impressões, rastros, inscrições, dessa ênfase na singularidade, que é ao mesmo tempo busca de transcendência.²

Embora a visibilidade do privado, por meio de um olhar voyerístico e por uma modelização que ensinam a viver mais por relatos do que

pela própria experiência, seja a regra na contemporaneidade³, no que é pertinente ao seu *conceito jurídico* facilmente se constata uma ausência no ordenamento jurídico pátrio, no qual a palavra “biografia” em nenhum momento aparece.⁴ Isso não significa, no entanto, que a ideia de um “espaço biográfico” não seja objeto de uma série de questionamentos doutrinários e pretorianos, especialmente com base no que dispõem os artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro⁵, que, no Capítulo II do Título I do Livro I, tratam dos Direitos da Personalidade.

O art. 20 assim dispõe:

Salvo se autorizadas, ou se indispensáveis à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único: Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

À primeira vista, o que o Código visa proteger aqui são a honra e a imagem da pessoa, que podem ser postas em risco tanto por meio de escritos biográficos como através de produções cinematográficas, publicação de missivas⁶, livros de cunho memorialístico, e mesmo obras que retratam um movimento ou um acontecimento importante para uma dada comunidade, como o cometimento de um crime. A morte da atriz Daniela Perez, por exemplo, foi um crime que comoveu o Brasil, tanto pela sua brutalidade como pelas relações pessoais que envolviam a vítima, sua mãe e os assassinos. Sobre o caso, um livro foi escrito e teve sua circulação proibida em decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que impediu de forma definitiva sua publicação e circulação, porquanto “denegria a imagem e a honra da falecida” filha da autora da ação, estabelecendo

multa diária de vinte mil reais pelo período de descumprimento da obrigação.⁷

Em *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena e Maria Celina Bodin de Moraes ressaltam, no entanto, o perigo do suprarreferido texto de lei, que, interpretado literalmente, pode levar à ideia de que a utilização da imagem alheia, na atividade econômica dos meios de comunicação, só seria viável nas hipóteses textualmente autorizadas pelo art. 20 do CCb.⁸

Nos Estados Unidos, país onde a preocupação com a liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento é tida como modelo desde o século 18, o *Caso Near vs. Minnesota* desponha como o baluarte da liberdade norte-americana, servindo de barreira a que um juiz emita ordem de restrição prévia contra a imprensa (e, mais amplamente, contra a atividade editorial). Conforme Anthony Lewis, isso contrasta, por exemplo, nitidamente com as decisões judiciais da Grã-Bretanha, onde os tribunais costumam proibir a publicação de um livro quando alguém alega que será nele difamado.⁹

No contexto brasileiro, também o art. 21 do Código Civil necessita ser examinado, porquanto dispõe que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Com efeito, é de se destacar, desde logo, que a proteção aos direitos da personalidade da pessoa humana não está apenas no Código Civil, muito menos relaciona-se a um direito de propriedade sobre a própria imagem, vida privada ou qualquer outro aspecto da personalidade, mas decorre direta e imediatamente do art. 5º, X, da CF/88, que prescreve serem invioláveis “a intimidade, a vida

privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse passo, pondera Maria Celina Bodin de Moraes que o problema das biografias não está no âmbito do Código Civil e que os interesses em jogo poderiam ser bem equacionados a partir de um marco temporal: a vida do biografado. Isso porque, afirma,

De fato, não é difícil compreender que a violação à privacidade, à honra ou à imagem da pessoa só ocorre durante a sua vida; após a morte, pode haver outras espécies de dano mais ou menos relacionadas à pessoa, mas a direitos (fundamentais) da personalidade (já extinta) não serão. Além disso, a morte parece ser um termo muito claro: se não há interesse social relevante na publicação de fofocas e de detalhes picantes da vida das pessoas enquanto elas estiverem vivas, a tendência é que com a morte da pessoa sua perspectiva diante da História, se é este o fundamento que se quer proteger, poderá ser muito mais bem avaliada.¹⁰

Nesse cenário, outra pergunta se coloca: se a morte põe termo aos direitos da personalidade (do retratado), como lidar com os direitos daqueles que com ele conviveram e que, por conta da narrativa de sua vida, terão também sua privacidade exposta? Se é o valor da privacidade que constitui o ponto central na discussão em torno das biografias, e se também é verdade que a história de cada um só é definida em termos relacionais — isto é, “*eu sou tal* aqui em relação a certos *outros* diferentes e exteriores a mim”¹¹, como superá-la se cada um dos retratados na obra possui também o direito próprio de ter a sua privacidade preservada?

A interpretação que tem sido dada pelos tribunais brasileiros em uma série de ações envolvendo a publicação de biografias (sejam autorizadas ou não autorizadas, considerando o eventual direito de terceiros igualmente retratados) levou o Poder Legislativo nacional¹² e o Poder Judiciário — por meio de sua mais alta corte, porquanto na forma de controle concentrado de constitucionalidade¹³ — a serem

instados a se manifestar. O debate então alcançou o espaço público dos meios de comunicação de massa, e as opiniões as mais diversas, expostas frequentemente de maneira apaixonada e mesmo agressiva, foram defendidas sobre aquilo que o biógrafo brasileiro Lira Neto convencionou chamar de um “modo de investigar de que forma as esferas pública e privada se chocam na vida do indivíduo”.¹⁴

No Supremo Tribunal Federal (STF), o Ministério Público Federal (MPF) juntou parecer na ADI 4.815 defendendo o fim da necessidade de autorização prévia do biografado ou de familiares, no caso de pessoas já falecidas, para a publicação de obras biográficas, citando casos famosos no país em que a obra foi proibida de ser comercializada, o que violaria o direito de autores, editores e de toda a sociedade. Defendeu-se, ainda, no aludido parecer, que “A liberdade de expressão é intrinsecamente antipaternalista: não é legítimo que o Estado ou que qualquer outro poder se substitua aos próprios indivíduos para decidir o que eles podem ler, ouvir ou assistir”.¹⁵

O objeto do livro que ora se apresenta é, portanto, a biografia (cujo conceito jurídico, em sua estrutura e função, será proposto no capítulo 1).¹⁶ Isto é, este modo de “contar uma vida” e os problemas jurídicos que surgem a partir da edição¹⁷ da obra (e mesmo de sua eventual transformação em filme) para fins de distribuição comercial, fazendo-se importante destacar, desde logo e na esteira de J. J. Gomes Canotilho, Jónatas Machado e Antônio Pereira Gaio Jr., que, embora a adjetivação “não autorizada” tenha conotação pejorativa, nem por isso se pode reconhecer, *a priori*, a violação a direitos da personalidade ou a prática de condutas ilícitas porquanto invasivas, geralmente associadas a *paparazzi*, detetives privados ou espiões.¹⁸

Conforme Pietro Perlingieri:

A produção da lei e a produção da decisão acabam por representar uma vicissitude incindível que, juntas a tantas outras que se verificam em uma comunidade, realizam a síntese, a ponderação entre a conservação dos valores legais contidos na lei e o caráter promocional da realidade factual. Esta última, portadora de valores, também é valorável axiologicamente; por definição, sempre inovadora, original, imprevisível expressão da complexidade dos fatos concretos, solicitadores por sua vez de novas intervenções legislativas.¹⁹

E acrescenta: “A lei, o fato concreto, a lide e a decisão da lide se configuram como um procedimento sem fim, onde a situação final se torna inicial, pronta para assumir o provisório papel final”.²⁰

O objetivo geral desta investigação sobre a *figura jurídica* “biografia” (premissa menor, fática, deste estudo) gira em torno dos argumentos que fundamentam as defesas contrapostas da liberdade de biografar²¹ (e publicar/editar) uma pessoa e da sua vedação em razão de interesses outros da pessoa humana e a consequente análise do merecimento de tutela de tais publicações (premissa maior). Será de cada um o direito de decidir que parcela de sua vida tornará pública e o que dela permanecerá no âmbito restrito do privado?

Trata-se essa, na superfície, de uma pergunta retórica. A complexidade do tema torna necessário o recorte em múltiplas questões, mas a partir da premissa já implícita no problema de pesquisa: há limites para a publicação de biografias, como há em todo direito.²² No mesmo sentido, poder-se-ia falar em abuso do direito de publicação? Esse é um ponto que será igualmente abordado, na medida em que se examinará o merecimento de tutela dessas publicações, sendo do próprio gênero alguma limitação dos direitos da personalidade, *vs.* o abuso na publicação das referidas obras.

Quanto aos objetivos específicos, o primeiro deles é o exame da liberdade de expressão *lato sensu* e os seus potenciais conflitos com direitos da personalidade. Nesse ponto, situar-se-á a liberdade de expressão no texto constitucional, distinguindo-a, especialmente, do direito à liberdade de investigação acadêmica, de criação artística e da liberdade de imprensa.

Se por um lado a liberdade de expressão ampara a publicação de biografias, também é verdade que o Estado Democrático de Direito supõe o equilíbrio — a ponderação²³ — de direitos contrapostos. Se também é afirmado que ambos — liberdade e personalidade — são garantias da pessoa humana, é ao Direito que cabe apontar diretrizes que mostrem, em cada caso concreto, o dano capaz de ser suportado quando o conflito de direitos se mostra inevitável. No Brasil, à diferença dos Estados Unidos, país que tomaremos de parâmetro para algumas análises nesta pesquisa em razão de seu desenvolvimento no tema das liberdades, a liberdade de expressão é vista com uma série de ressalvas.

Um segundo objetivo específico será a análise do tempo no direito, já que a memória e o esquecimento são componentes de toda biografia, que será dissecada enquanto gênero histórico e literário para uma melhor compreensão do objeto.²⁴ Algumas reflexões, porquanto indispensáveis para a apreensão inteira do fenômeno biográfico, serão tangencialmente objeto de exame, como o chamado memorialismo e a publicação de correspondências, a exemplo das obras do jornalista e escritor Otto Lara Resende²⁵ e do pintor Di Cavalcanti²⁶; o direito ao esquecimento; as biografias ditas autorizadas, como a publicada por Arnaldo Bloch²⁷ e contestada judicialmente por uma das personagens. O caso girou em torno do descontentamento de membros da família do biógrafo com a

publicação de livro que contou a sua própria história e a de sua família, apontando-se descontentamento especificamente na menção a relacionamento da autora da ação com homem casado, e de disputa com outra mulher, ocasionando-lhe a alegada ofensa à sua honra e intimidade.²⁸ Ainda, importante destacar que o estudo de temas como o segredo — e nele também o chamado segredo da desonra²⁹ — servirá de pano de fundo para tratar de um gênero que cresce em termos comerciais³⁰ e desperta, também por isso, o interesse do Direito.

Seguindo na análise, o terceiro objetivo específico constitui-se no exame pontual dos direitos da personalidade potencialmente lesados no caso das biografias. Em especial, analisar-se-ão os direitos à honra, ao nome, à imagem e à privacidade (vida privada e intimidade), sendo de fundamental relevância recordar-se, relativamente à chamada imagem-dinâmica, que as vidas nunca ficam congeladas no tempo.³¹

O quarto objetivo — após termos estabelecido o fundamento da liberdade de biografar forte na própria *promoção da pessoa humana* — e já diretamente relacionado à conclusão, será estabelecer possíveis critérios, baseados naquele fundamento, para a solução do conflito e suas consequências (sociais, econômicas e políticas), sem que um estudo apriorístico das consequências mesmas constitua a base para o reconhecimento de cada um deles, uma vez que não se defende aqui o paradigma consequencialista. Os critérios que servirão como balizas tutelares da pessoa humana, por sua vez, serão estabelecidos a partir de perspectivas como: sujeito (perspectiva subjetiva), tempo (perspectiva temporal), espaço (perspectiva territorial), mídia (perspectiva do veículo utilizado), objeto (perspectiva informacional), entre outras; observados, em todos eles,

os interesses de caráter público e os de caráter privado em questão, sem perder de vista a relevância, para a dinâmica social, do valor da segurança jurídica e da credibilidade de juristas e instituições.

A subdivisão ora proposta objetiva uma melhor compreensão do conteúdo dos critérios que serão defendidos, partindo-se da premissa hoje vigente entre os modernos constitucionalistas, de que não há um princípio de supremacia do interesse público sobre o particular, seja enquanto axioma, postulado ou norma-princípio.³² Com efeito, revisita-se contemporaneamente o “dogma tradicional” da supremacia do interesse público sobre o privado, para afirmar-se que o “interesse público” que desfruta de supremacia é, pois, o chamado *primário*, “consubstanciado em valores (constitucionais) como justiça, segurança e bem-estar social”.³³ Este, sim, seja porque realiza uma meta coletiva, seja porque garante um direito fundamental, é portador de tal supremacia; é o parâmetro da ponderação. A colisão entre interesses primários é que gera para o intérprete o verdadeiro problema, cuja solução deverá ser buscada sob dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública.³⁴ Esse uso da razão pública, afirma Barroso,

importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos — cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores — e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. Ela consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político. Um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder ao ideário dos grupos hegemônicos no momento. [...] Para que um direito fundamental seja restringido, em razão da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos.

O outro parâmetro fundamental para solucionar esse tipo de colisão é o princípio da dignidade humana. [...] Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito.³⁵

Por fim, serão ainda analisadas questões como a legitimidade de herdeiros e terceiros no controle de tais publicações e os mecanismos de tutela postos à disposição da parte lesada. Questão que também será enfrentada com destaque diz respeito ao papel do biógrafo, sujeito que deve sempre colocar em dúvida (e, portanto, submeter à confirmação) os fatos desvelados sobre a pessoa a biografar.

O presente livro se propõe, em última instância, a equacionar, com base na técnica da ponderação, o delicado problema da oposição de direitos que o tema da escrita biográfica suscita, partindo-se sempre da premissa de que a ordem de prioridade do marco teórico-metodológico que ora assumimos³⁶ é a da preeminência das situações existenciais em detrimento das situações patrimoniais.

¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 114. E continua o autor à mesma página: “A valoração da realidade social, para o jurista, deverá ser expressa coerente e compativelmente com o sistema normativo”.

² ARFUCH, Leonor. *O espaço biográfico: dilemas da subjetividade contemporânea*. Trad. Paloma Vidal. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010, p. 15.

³ ARFUCH, 2010, p. 48.

⁴ Essa ausência, notadamente no art. 20 do Código Civil, é apontada por Alaor Barbosa como razão para afastar-se qualquer entendimento no sentido de que o referido preceito vedaria a publicação de biografias sem a prévia autorização do biografado. Entende Barbosa que “a biografia que não contenha, além do relato propriamente biográfico, ‘divulgação de escritos’ do biografado, não terá transgredido o Art. 20 do Código Civil. E poderá ser editada livremente” (p. 234). BARBOSA, Alaor. Dois temas importantes: biografias ‘não autorizadas’ e limites de citações de livros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, nº 181, jan./mar. 2009, p. 227-238.

- 5 Embora também haja discussões desse tipo em outros países, como a Alemanha, lá o Código Civil (BGB, de 1900, objeto de uma profunda reforma em 2002 e também de emendas desde então) não trata dos direitos da personalidade na extensão em que o faz o Brasil, sequer mencionando a existência de um direito à privacidade. A discussão, na Alemanha, dá-se, fundamentalmente, no âmbito da interpretação constitucional e de leis esparsas. GERMAN CIVIL CODE. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.
- 6 Sobre esse gênero e sua relação com a (auto)biografia, leciona Leonor Arfuch: “No caso da forma epistolar, talvez seja o caráter íntimo da correspondência e sua suposta ‘veracidade’ — o não terem sido escritas para um romance —, apregoada pelos respectivos autores, que conseguem despertar em seu momento maior interesse. O antecedente mais remoto foi o *Pamela*, de Richardson (1740), um verdadeiro *best-seller* que, em busca de um modelo de cartas, acabara dando impulso a um gênero novo. Essa obra, que antecipava o clássico romance psicológico na forma autobiográfica, e cujo sucesso fez dela, segundo Habermas, um marco na constituição da subjetividade burguesa, florescia no ‘húmus’ que marcara fortemente os intercâmbios das esferas pública e privada. O que se estava produzindo nesse tipo de escrita, que capitalizava tanto a prática do diário íntimo como a forma epistolar, era uma mudança substancial nas relações entre autor, obra e público, que adquiriam assim um caráter de ‘inter-relações íntimas’ entre pessoas interessadas no conhecimento do ‘humano’ e, conseqüentemente, no autoconhecimento”. ARFUCH, 2010, p. 46-47). Para um estudo dos efeitos jurídicos da revelação ou publicação de cartas de caráter íntimo especialmente no direito espanhol e considerando a diferença entre cartas e/ou obras de caráter literário e não literário, veja-se VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*. Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, esp. p. 28 *et. seq.* Conforme destaca o autor, o tema passa pela confluência dos seguintes direitos: direito de propriedade intelectual sobre a carta, direito de propriedade material e direito à intimidade.
- 7 TJRJ, 6ª CC, Ap. Cível nº 2003.001.28001, Rel. Des. Luiz Zveiter, j. 27/4/2004, v.u.
- 8 BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 54.
- 9 LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 64-65.
- 10 “Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas?” Editorial. *civilistica.com*. Revista eletrônica de Direito Civil, ano 2, nº 2, 2013. Em sua tese de doutoramento que resultou na obra *Biografismo: reflexões sobre as escritas da vida*, o jornalista Sergio Vilas Boas sustenta, por sua vez, que a biografia de pessoas vivas possui pelo menos duas vantagens em relação à de pessoas já falecidas, a saber: 1. torna mais fácil evitar o risco de pôr a obra acima da vida e 2. diminui o risco de ver-se o biografado como um sujeito predestinado. VILAS BOAS, Sergio. *Biografismo*:

reflexões sobre as escritas da vida. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 112.

¹¹ ARFUCH, 2010, p. 129.

¹² PL 393/2011 (PLC 42 no Senado Federal): apensados a ele os PLs 395/2011 e 1.422/2011.

Anderson Schreiber critica o aludido Projeto (cujo voto do relator na CCJ foi pela sua prejudicialidade após a decisão do STF na ADI 4.815, conforme informação do site do Senado Federal de 21 de maio de 2016), dizendo que o acréscimo do § 2º ao art. 20 do CCb não resolveria o problema. Segundo ele: “Os projetos de lei existentes erram, portanto, o alvo. Nenhum deles evitará que as ações judiciais continuem acontecendo e que o público continue privado de excelentes biografias enquanto decisões liminares estiverem em curso. Melhor seria que o legislador se preocupasse em indicar as circunstâncias relevantes para a ponderação entre a privacidade do biografado e a liberdade de expressão do biógrafo, dando um norte para a atuação dos juízes, do corpo jurídico das editoras e dos advogados que atuam na área”. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 143. À página 144, diz ainda o autor: “A lei, a doutrina e a jurisprudência podem e devem estabelecer parâmetros de ponderação, isto é, circunstâncias relevantes que fazem a solução dos casos pender para a prevalência de um direito ou de outro. [...] São circunstâncias relevantes: (i) a repercussão social do fato sobre o biografado; (ii) a atitude mais ou menos reservada do biografado em relação ao fato; (iii) a importância daquele fato para a formação da personalidade do biografado (e, portanto, a necessidade da sua divulgação no âmbito da biografia); (iv) o eventual envolvimento de terceiros e seu grau de identificação no relato; (v) o formato da apresentação do fato, que pode ser mais ou menos sensacionalista; (vi) os riscos para outros direitos do biografado, como o seu direito à honra, que, como já visto, pode ser atingido indevidamente pela divulgação mesmo de fatos verdadeiros; e assim por diante”.

¹³ STF. ADI nº 4.815, de julho de 2012, Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. A petição inicial está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4271057>>. Acesso em: 10 jul. 2014. O julgamento, realizado em 10 de junho de 2015 pelo Plenário do STF, foi publicado no DJE em 1/2/2016 e será abordado ao longo dos próximos capítulos.

¹⁴ Conceito de biografia dado pelo biógrafo brasileiro Lira Neto, autor de recente biografia de Getúlio Vargas, para reportagem da revista *Veja*, “Página infeliz da nossa história”, publicada em 23 de outubro de 2013, p. 87.

¹⁵ STF. ADI nº 4.815, de julho de 2012. Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Parecer disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204815.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2014.

¹⁶ Acerca da importância dos conceitos jurídicos, veja-se Francesco Ferrara, para quem estas unidades elementares “têm para o direito a mesma função e utilidade que as letras do alfabeto têm para a linguagem”, na comparação clássica feita por Ihering. FERRARA,

Francesco. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 2. ed. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: A. Amado, 1963, p. 176.

17 O contrato de edição encontra suporte normativo na Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais), em especial em seu art. 53. Ainda que de forma tangencial, não deixaremos também de abordar o reflexo de alguns posicionamentos contrários à liberdade de publicação de biografias não autorizadas nos direitos morais e patrimoniais do autor, a exemplo da decisão STJ no REsp nº 521.697/RJ, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, conhecido como *Caso Garrincha*.

18 CANOTILHO, José J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Biografias não autorizadas versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 38.

19 PERLINGIERI, 2008, p. 200.

20 *Ibidem*, p. 200.

21 Aqui um primeiro questionamento pode ser este: apenas a publicação da biografia mostra-se um problema a resolver pelo jurista ou a própria pesquisa em torno da vida do sujeito já o seria?

22 Norberto Bobbio excepciona tal afirmativa com os direitos a não ser torturado e não ser escravizado. BOBBIO, Norberto. Sobre os direitos fundamentais do homem. *A Era dos Direitos*. 11. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20.

23 Conforme Canotilho, Machado e Gaio Jr., sobre a ponderação de direitos, “Na resolução de conflitos deve procurar-se, numa lógica de proporcionalidade, o ponto de equilíbrio menos restritivo dos direitos em presença, tomando em consideração todas as circunstâncias do caso. A metodologia de ponderação proporcional e a harmonização equilibrada ou concordância prática é essencial à criação de um ambiente discursivo globalmente positivo e justo, necessário à radicação de oportunidades comunicativas para os indivíduos e para os grupos. É também a esta metodologia que se deve recorrer quando se opera a interpretação das leis em conformidade com a Constituição e desta em conformidade com os direitos humanos” (2014, p. 33).

24 Optou-se, neste estudo, por uma abordagem clássica, já consolidada, de biografia como gênero histórico e como gênero literário, a despeito da emergência das biografias no âmbito do jornalismo (tradicionalmente mais afeito à publicação de perfis), a partir do movimento chamado *new journalism*, ao qual voltaremos ao longo do segundo capítulo. Abordando a recíproca influência dos gêneros, Benito Bisso Schmidt sustenta o “influxo comum à história e ao jornalismo, o qual ajuda a explicar o interesse de ambos pelo gênero em questão: a influência da literatura” (p. 6). SCHMIDT, Benito Bisso. Construindo biografias... Historiadores e jornalistas: aproximações e afastamentos. *Revista estudos históricos*, v. 10, nº 19 (1997), p. 3-21. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2040/1179>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

25 RESENDE, Otto Lara. *O Rio é tão longe: cartas a Fernando Sabino*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

26 DI CAVALCANTI, E. *Cartas de amor a Divina*. Rio de Janeiro: 5ª Cor Editores, 1987. A

obra é composta de 105 cartas manuscritas à Ivette (uma de suas amantes) pelo pintor E. Di Cavalcanti, com ilustrações e reproduções a cores de página inteira de suas obras. O TJRJ deu ganho de causa à autora da ação, entendendo estar proibida a publicação de cartas sem a autorização de quem detenha os direitos sobre a obra do artista, mantendo a discussão no terreno da proibida “divulgação de fatos de sua vida particular” e não no campo do direito autoral. O processo encontra-se pendente de decisão em Agravo no Recurso Especial desde 4/4/2011. No TJRJ, a decisão final deu-se em Embargos de Declaração na Ap. Cível nº 1996.001.05756, os quais foram providos para o efeito de explicar a correta fundamentação do acórdão. Rel. Des. Áurea Pimentel Pereira, j. 10/6/1997.

27 BLOCH, Arnaldo. *Os irmãos Karamabloch: ascensão e queda de um império familiar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

28 TJRJ. 12ª CC. Ap. Cível nº 0043286-11.2009.8.19.0001. Rel. Des. Nanci Mahfuz. A decisão judicial foi no sentido da ponderação dos direitos constitucionais de liberdade de informação e de privacidade, sendo a sentença de procedência parcial da ação, para o efeito de determinar a supressão ou substituição do nome da autora por pseudônimo em futuras edições, bem como reparação pelo dano moral decorrente, *in re ipsa*, da exposição pública, sem autorização. Restou afirmando na decisão que o fato narrado, embora em livro que fale de pessoa pública, causa constrangimento à autora.

29 Conforme Luís Roberto Barroso, embora a veracidade do fato possa descaracterizar a violação à honra, deve-se atentar para o direito ao “segredo da desonra”, o qual comporta circunstâncias de caráter puramente privado, sem traduzir qualquer interesse público na sua divulgação. Colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. BARROSO, Luís Roberto. *Revista trimestral de Direito Civil*, v. 16, out./dez. 2003. Rio de Janeiro: Padma, p. 59-102, esp. p. 76. Também sobre o “segredo da desonra”, veja-se: DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, esp. p. 114.

30 Matéria do jornal *Valor Econômico*, de 1/11/2013, aponta dados de vendas do mercado editorial, referindo que “relatos biográficos como os da presidente Dilma Rousseff e do ator Reynaldo Gianecchini ocuparam as listas de mais vendidos com tiragens mínimas de 30 mil exemplares, sinal de que há interesse do leitor”. Da mesma forma, o livro *Eike*, biografia do empresário brasileiro que já foi o sétimo homem mais rico do mundo, vendeu 200 mil exemplares quando o empresário vivia seu esplendor, constituindo-se no maior sucesso do selo Primeira Pessoa.

31 Conforme a biógrafa Hermione Lee, “Virginia Woolf inspirou mais de 30 títulos, mas ela mesma admitiu que *as vidas precisam ser revisitadas por novas gerações*” (grifo nosso). O argumento é perfeito, afirma a biógrafa, considerando que vem de uma filha da era vitoriana que evoluiu, através das biografias, para se tornar um ícone feminista. ‘*As vidas nunca ficam congeladas no tempo*’, continua, admitindo que toda versão é apenas uma versão de uma vida. (grifo nosso). Disponível em:

<<http://www.estadao.com.br/noticias/arteeazer,dor-e-alegria-na-arte-de-narrar-a-vida-dos-outros-,1014751,0.htm>>. Acesso em: 22 set. 2013.

- 32 ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstituindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171-215.
- 33 BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. Prefácio à obra *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, esp. p. xiii.
- 34 *Ibidem*, esp. p. xvi.
- 35 BARROSO, 2007, p. xvi-xvii.
- 36 A afirmação seguinte de Pietro Perlingieri mostra-se, no entanto, pertinente nesta seara introdutória: “Muitas disputas sobre a validade do método adotado nas investigações e em particulares construções jurídicas parecem ociosas porque, frequentemente, não levam em conta uma verdade fundamental: a ciência jurídica é feita de uma pluralidade de métodos, muitas vezes concorrentes e complementares, cuja concretização depende não somente do estado da doutrina e da legislação sobre o tema e das solicitações que sobre o próprio tema provêm da prática, mas também da sensibilidade e experiência de quem pretende dedicar-se àquela pesquisa. Não existe para o jurista uma fórmula obrigatória de pensar: quem cria tem um método mesmo que não tenha consciência disso. A reflexão sobre o método não é tanto reflexão sobre a escolha quanto sobre a consciência da escolha e dos resultados que a sua concretização comporta. É nesse sentido que a ciência e a metodologia se envolvem reciprocamente. Anular os contrastes entre o perfil dogmático e aquele sociológico, entre o contexto normativo e aquele social com o uso de um único método significaria imobilizar a ciência jurídica. Vice-versa, reconhecer a íntima e necessária mediação das mais diversas tendências se traduz em uma perspectiva que não tem a pretensão de construir ‘o’ método de investigação, mas ‘um’ método que tenda a conciliar os resultados das pesquisas realizadas autonomamente”. PERLINGIERI, 2008, p. 123-124.

1 A importância do conceito de biografia para a adequação do direito

História de um homem é sempre mal contada.
Porque a pessoa é, em todo o tempo, ainda nascente.
Ninguém segue uma única vida, todos se multiplicam
em diversos e transmutáveis homens.

Mia Couto

O início da modernidade pode ser reconhecido nas ciências a partir da autonomia alcançada pela cultura ocidental frente à religião (processo de secularização na filosofia e nas ciências)³⁷, frequentemente atribuída ao pensamento de René Descartes e ao seu *Discurso do método*.³⁸ Após reconhecer que “inexiste no mundo coisa mais bem distribuída que o bom senso, visto que cada indivíduo acredita ser tão bem provido dele que mesmo os mais difíceis de satisfazer em qualquer outro aspecto não costumam desejar possuí-lo mais do que já possuem”³⁹, sentencia Descartes ser insuficiente ter o espírito bom, pois o mais importante é aplicá-lo bem.⁴⁰ Isso porque “as maiores almas são capazes dos maiores vícios, como também das maiores virtudes, e os que só andam muito devagar podem avançar bem mais, se continuarem sempre pelo caminho reto, do que aqueles que correm e dele se afastam”.⁴¹

Com isso, Descartes aponta a importância do caminho, ou melhor, do método⁴², para pôr a razão do homem na direção correta. Para Descartes, por meio de poucos preceitos, desde que sempre observados, poder-se-ia chegar a um ponto de partida seguro para o processo de conhecimento.⁴³

Na contemporaneidade, autores como Anthony Giddens sustentam que a modernidade ainda não teria encerrado seu ciclo (daí a expressão “modernidade tardia”)⁴⁴, uma vez que ainda não teria ocorrido — em relação a ela — verdadeira ruptura. Para Giddens, encontramos-nos, hoje, em circunstâncias mais confusas, em que não há mais caminhos claros de desenvolvimento conduzindo de um estado de coisas a outro. O universo social é marcado tanto pela redescoberta da tradição quanto pela sua dissolução e pela destruição daquilo que, durante algum tempo, pareceu serem tendências estabelecidas. Mas isso não significa, afirma Giddens, que o mundo se torne inerentemente refratário às tentativas humanas de controle, como afirmam os pós-modernos. “Essas tentativas de controle, com respeito a, por exemplo, riscos de grandes consequências, permanecem necessárias e factíveis; entretanto, precisamos reconhecer que essas tentativas estarão sujeitas a muitas rupturas, quer para o bem, quer para o mal.”⁴⁵ Giddens reconhece que

a autoridade específica que a ciência um dia desfrutou — e que a transformou em uma espécie de tradição — só poderia ser protegida na medida em que houvesse um isolante separando a especialização científica das diversas formas de possibilidade de conhecimento das populações leigas.⁴⁶

Conforme Giddens,

O fato de os especialistas muitas vezes discordarem entre si tornou-se lugar-comum para quase todo mundo. Entretanto, mais que isso, a reivindicação de legitimidade

universal da ciência torna-se muito mais discutida que antes. Todos os tipos de conhecimento, *cult* e *folk*, e as orientações tradicionais voltam a reivindicar algum tipo de hegemonia ao lado dos domínios da ciência ortodoxa. Isto mais uma vez não é facilmente contido dentro de um conceito de modernização reflexiva. As muitas tensões que se desenvolvem entre (diversas interpretações de) a ciência e as formas alternativas de reivindicação do conhecimento são mais destruidoras do que deveriam ser, caso isso fosse apenas uma questão de a ciência estar “começando a entender melhor a si mesma”.⁴⁷

Segundo Giddens, “o risco e a confiança, assim como seus vários opostos, precisam ser analisados em conjunto nas condições da modernidade tardia”. A sociedade atual, mais do que uma sociedade de risco, “é também uma sociedade em que os mecanismos da verdade se modificam”.

Essas questões nos levam ao tema da (in)segurança e da (in)certeza no Direito — tanto no sentido de uma falta de isonomia como de previsibilidade —, pontos centrais no debate relativo à ponderação de direitos fundamentais.⁴⁸

Na realidade atual, em que as descobertas e as inovações tecnológicas imprimem uma condição de agilidade às relações sociais, o problema central do Direito passa a ser a instabilidade sentida pelos destinatários das normas e a consequente busca por maior segurança e certeza legitimamente ansiadas. Passa-se a exigir do Direito também um esforço em oferecer, de forma rápida, tais respostas. A unidade e a segurança⁴⁹, características da modernidade no Direito, cedem espaço à pluralidade⁵⁰ e à incerteza; assiste-se a uma crise nos dispositivos de legitimação e no imaginário modernos: a noção de ordem.⁵¹

Rediscutem-se, assim, a ideia de desordem e a impossibilidade de submeter todos os discursos (ou jogos de linguagem) à autoridade de um metadiscurso universal e consistente.⁵² Para alguns, a razão, que

comandou o espírito dos modernos, abriria frente ao irracional — causador de insegurança — dos pós-modernos⁵³, que vão buscar novas formas de proteção da pessoa. Para outros, a insegurança hoje sentida não se sustentaria propriamente na afirmação de uma “irracionalidade pós-moderna”. Com efeito, levando-se em conta a destacada corrente do chamado neoconstitucionalismo, tem-se que o que se verifica, na atualidade, é um aprofundamento do projeto da modernidade, de emancipação pelo uso da razão. Os instrumentos, no entanto, é que seriam novos nestes tempos.

Assim, no direito constitucional — sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais — o centro do debate passa a girar em torno de temas como a ponderação de interesses, o “princípio” (regra) da proporcionalidade e a eficácia (direta e horizontal) dos direitos fundamentais. Uma tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada dos aludidos princípios, no entanto, colidirá com a lógica do Estado Democrático de Direito, porquanto portadora de instabilidade e de falta de isonomia nas relações sociais.⁵⁴

No início das grandes codificações modernas, ao direito civil coube a tarefa de garantir, à atividade privada, e principalmente aos indivíduos, a estabilidade proporcionada por regras praticamente imutáveis.⁵⁵ A função do direito privado era a de manutenção da segurança, da ordem, da unidade do sistema, que tinha, no Código Civil, o seu centro, e nas Declarações de Direitos Políticos e nos textos constitucionais, apenas cartas de intenção.⁵⁶ Essa realidade, modificada pelos acontecimentos nos campos político, social e econômico (por força das duas guerras mundiais que assolaram a Europa e depois o mundo), acabou por trazer a insegurança para dentro do discurso jurídico⁵⁷, não faltando, na atualidade, aqueles

que indiquem ao lado do direito oficial um “direito do cotidiano” (*everyday life law*), a reger as condutas mais corriqueiras.⁵⁸

Se por um lado um certo grau de insegurança é inerente a um Direito inserido em um mundo plural e no qual um substantivo elenco de direitos fundamentais passou a ser reconhecido nas constituições nacionais, deve-se evitar a omissão do Direito que prolongue estados alarmantes de instabilidade e incerteza. Da mesma forma, reconhece-se a existência de uma *pluralidade de métodos científicos*, o que é possível e mesmo desejável na medida em que se complementam, buscando-se mecanismos de diminuição de seus eventuais reflexos negativos. Nesse sentido, a ciência jurídica⁵⁹ há muito nos oferece instrumentos para tanto, com a construção de conceitos, figuras jurídicas, institutos e categorias, que devem contribuir para o seu conhecimento.⁶⁰

O conceito (e a precisão do conceito, ainda mais quando se trata de objeto multidisciplinar) funciona, portanto, como importante mecanismo de segurança tanto na *common law*, servindo de parâmetro para a aplicação de um dado precedente, como na *civil law*⁶¹, sem com isso querer-se afirmar a sua rigidez. Tome-se como exemplo a definição dada ao termo “obsceno” pela Suprema Corte norte-americana, formulado no julgamento do *Caso Miller vs. Califórnia*, em 1973, e aplicada, 17 anos depois, para afirmar a legalidade da conduta do Museu de Arte Contemporânea e de seu diretor na utilização de quantia do Fundo Nacional de Artes para promover uma exposição fotográfica. A decisão que absolveu os réus considerou que a hipótese em julgamento não se enquadrava no conceito de obscenidade formulado em 1973, porquanto não havia o requisito da “ausência de sério valor artístico, político, científico ou literário”.⁶²

O instrumentário conceitual, assim, pode servir de parâmetro de qualificação para a solução de casos similares, não devendo ser colocado como obstáculo à inteligência do caso concreto.⁶³ Deve servir a esse, com a consciência das estreitas conexões entre técnicas e ideologias, conceitos e interesses, direito e política. Quer-se com isso afirmar, na esteira de Perlingieri, que

O jurista deve, pois, dedicar uma adequada atenção aos princípios hoje de relevância normativa, da razoabilidade⁶⁴ e da adequação dos conteúdos normativos a cada fato, sem necessariamente redimensionar o papel das formas representativas, das técnicas, dos conceitos ou da linguagem.⁶⁵

Não se deve entender o conceito, portanto, sob uma perspectiva estática. Na ciência jurídica muito se discutiram e ainda hoje se discutem conceitos como propriedade, contrato, capacidade e família. Na mesma medida em que se destaca a importância do conceito, incentiva-se a sua problematização, como reflexo de uma compreensão cultural de uma ciência que é, acima de tudo, aplicada e que tem como *valor-fonte* a pessoa humana (em todas as suas circunstâncias). Nos institutos acima referidos questionou-se, por exemplo, a inserção da noção de função social no conceito de propriedade (ou esta seria apenas um limite exterior a ela?)^{66, 67}, a importância do grau de discernimento para estabelecer, em cada caso concreto, a capacidade civil da pessoa⁶⁸ e a necessidade da pluralidade, da diferença de gênero, entre outros fatores, para reconhecer a família com toda proteção que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico vigente.

Sob a denominação de “conceito jurídico” encontram-se os “conceitos indeterminados”, os “conceitos normativos” (os quais, frequentemente, são também indeterminados) e os “conceitos descritivos”. Conforme Karl Engisch, os conceitos normativos se

contrapõem aos descritivos na medida em que estes designam objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade.⁶⁹ Embora se possa pensar que todo conceito jurídico, inclusive se descritivo, é também normativo por ser elemento constitutivo de uma norma jurídica e dela receber o seu sentido e o seu conteúdo, a distinção entre ambos reside no fato de que os conceitos normativos “visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepçionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis”.⁷⁰ Não é o que se passa com os conceitos descritivos, que, mesmo possuindo pertinência ao sistema das normas jurídicas, podem ser representados como simples conceitos da experiência, mesmo quando seu conteúdo e seu alcance são determinados a partir da norma jurídica.⁷¹ Explica English:

Os conceitos descritivos de “homem”, “morte” e “escuridão”, posso representá-los como simples conceitos da experiência, mesmo quando sejam referidos a *valores*, mesmo quando, portanto, o seu conteúdo e o seu alcance são determinados a partir da norma jurídica. Pelo contrário, dizer que uma coisa é “alheia” e pode, portanto, ser possível objeto de um furto, de um abuso de confiança ou de um dano patrimonial, significa que ela “pertence” a outro, que não o agente. Por conseguinte, pressupõe-se aqui logicamente o regime da propriedade do Direito Civil como complexo de normas. Eu não posso de forma alguma pensar uma coisa como “alheia” sem pensar ao mesmo tempo nas normas sobre a propriedade. Sentido normativo (e não simplesmente *referido* a valores), têm-no de igual modo conceitos jurídicos como: “casamento”, “afinidade”, “funcionário público”, “menor”, “indecoroso”, “íntegro”, “indigno”, “vil” (“baixo”) e outros semelhantes, todos os quais radicam o seu teor de sentido em quaisquer normas, quer estas normas provenham do Direito, da moral ou de qualquer outro domínio da cultura. Com isto não fica ainda dito que os conceitos jurídicos assim definidos tenham de ser inteiramente indeterminados. Conceitos como “casamento” e “menoridade” são relativamente determinados, pois que os pressupostos da sua aplicação são definidos de modo bastante preciso.⁷²

A normatividade pode ser de duas ordens, conforme English. Ela pode significar que o conceito em questão, de acordo com seu conteúdo, pressupõe certas normas (por exemplo: casamento, menoridade etc.) ou que, por outro lado, pressupõe um conteúdo valorativo que precisa ser preenchido. Na primeira hipótese, o esclarecimento do conceito se reconduz à interpretação e sua aplicação, no caso concreto, à subsunção.⁷³ Na segunda, seu esclarecimento passa pela valoração do órgão aplicador do Direito, para o qual “Decisivas são as circunstâncias do caso concreto tendo em conta as concepções dos correspondentes setores populacionais”.⁷⁴ Em última análise, “a função destes conceitos normativos em boa parte é justamente permanecerem abertos às mudanças das valorações”⁷⁵, sendo a valoração uma questão de conhecimento, para o qual contribuem tanto a valoração própria (pessoal) do julgador como as decisões singulares e os conjuntos de decisões que acabam concretizando e assim preenchendo os conceitos objetivo-normativos.⁷⁶ Nesse processo de interpretação dos conceitos, que passa pelo preenchimento valorativo concretizado no caso em exame — que revela certo parentesco com a subsunção⁷⁷ —, extrai-se a ideia fundamental carecida de preenchimento, “através da pesquisa da valoração conforme ao espírito da época, mas sem retirar essa determinação do conceito como tal”.⁷⁸

Defende-se, aqui, a necessidade de uma construção jurídica para o conceito de biografia, o qual se pretende normativo tanto por se referir a valores, quanto pelo fato de seu teor de sentido radicar em um conjunto de normas, sejam do Direito (fundamentalmente os direitos da personalidade), sejam da cultura geral.

A perspectiva de análise, portanto, é interdisciplinar, já que reconhece a ação recíproca entre os diferentes campos do saber para

alcançar-se, ao final, um conceito transdisciplinar de biografia, o qual lhe dará a unidade necessária para a adequada qualificação/aplicação do ordenamento jurídico aos problemas concretos dela advindos.

37 ROUANET, Sergio Paulo. *As razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 231-232. E é na modernidade, segundo aponta Jónatas E. M. Machado, que a problemática da liberdade de expressão, em sentido amplo, tem a sua origem, “entendida esta como superação da construção teológica de toda a realidade que caracterizou o mundo medieval, a qual conferia um sentido metafísico unitário a todos os domínios da existência individual e coletiva e aos correspondentes espaços discursivos”. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 13.

38 Segundo Sergio Rouanet, para Foucault a modernidade teria sido inaugurada propriamente por Kant, em 1784 (quase 150 depois de *O discurso do método*), com o ensaio “O que é o Iluminismo?”. Nele, Kant responderia à indagação escrevendo o próprio “manifesto da modernidade”, ao sustentar que a principal característica da época era permitir o acesso do homem à maioridade, por meio do uso da razão. ROUANET, Sergio Paulo, *op. cit.*, p. 239.

39 DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 35.

40 *Ibidem*, p. 35.

41 *Ibidem*, *loc. cit.*

42 Usaremos indistintamente as palavras método e metodologia, a não ser quando explicitamente apontarmos uma diferença que justifique a distinção.

43 São eles: 1. nunca aceitar como verdadeiro algo que não se reconheça claramente como tal; 2. separar cada uma das dificuldades a examinar em tantas parcelas quantas forem possíveis e necessárias para melhor solucioná-las; 3. ordenar os pensamentos, começando pelos objetos mais fáceis de conhecer até chegar, paulatinamente, ao conhecimento dos mais compostos; 4. realizar relações metódicas completas, de modo a nada omitir. DESCARTES, 1999, p. 49-50.

44 Ao contrário do que afirmam os defensores da chamada pós-modernidade, como Jean François Lyotard. LYOTARD, Jean François. *A condição pós-moderna*. 5. ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, *passim*.

45 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 220 (Biblioteca básica).

46 *Ibidem*, p. 221.

47 *Ibidem*, *loc. cit.*

- 48 A ponderação de direitos fundamentais a partir de critérios predefinidos, seja pela legislação, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, é o método aqui defendido para a solução dos difíceis casos envolvendo a publicação de obras biográficas.
- 49 Segurança essa, em especial, no que se referia à disciplina dos negócios. Como assinala Gustavo Tepedino, segurança “quanto às regras do jogo”, uma vez que os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou insucesso das transações, expressariam tão somente a maior ou menor inteligência e capacidade de cada um. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.
- 50 O tema do *pluralismo jurídico*, segundo Hespanha, teria surgido nos anos 1950, na antropologia jurídica, para descrever a situação das colônias e do direito nelas existente em face dos estados colonizadores e de seu direito oficial. Em um segundo momento, os sociólogos teriam se apropriado da ideia para descrever situações como a que ocorre nas favelas de países como o Brasil, em que uma vida comunitária é regulada paralelamente ao direito do estado. HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 66.
- 51 LYOTARD, Jean François. *A condição pós-moderna*. 5. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. 11.
- 52 LYOTARD, 1998, p. 11.
- 53 Assim leciona JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. *Revista dos Tribunais*, n. 759, p. 24-40, p. 32, jan. 1999: “Uma das características da pós-modernidade é abertamente confessar-se ao sentimento. É o irracional que pressiona para a superfície”.
- 54 Sobre o novo paradigma do neoconstitucionalismo, entre outros, veja-se: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005; e SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 233-272. Conforme Sarmento, “o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os ‘casos difíceis’ do Direito. Há, portanto, uma valorização prática no âmbito jurídico” (p. 240).
- 55 TEPEDINO, 2001, p. 3.
- 56 TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _ (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1.
- 57 Sobre a insegurança e a instabilidade deste novo mundo, que caminhava lento “all’esterno del codice [civile]”, veja-se Natalino Irti no clássico *L’Età della decodificazione*. IRTI, Natalino. *L’Età della decodificazione*. Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, RT OnLine, vol. 1, p. 405, jun. 2011, DTR\2012\1191. A despeito

das muitas críticas que se dirigem às conclusões de Irti, a análise feita na década de 1970 a essa ruptura da ordem moderna no direito é sempre lembrada pela doutrina civilista.

58 HESPANHA, 2007, p. 67.

59 Hespenha critica o uso da expressão “ciência jurídica”, com o argumento de que “insinua que o saber jurídico obedece a um modelo de discurso semelhante ao das ‘ciências’: ou seja, em que há uma ‘verdade’ (e uma só), em que se reproduzem resultados objectivos, por métodos dotados de rigor e univocidade, sobre uma realidade objectiva, exterior ao observador (‘positiva’), de modo a obter um saber geral (de ‘leis’), sobre o qual as pré-compreensões ou as opções (filosóficas, políticas, existenciais) do estudioso (do ‘cientista’) não têm qualquer influência (‘neutralidade’ da ciência). [...] A expressão banalizou-se; mas, implicitamente, continua a funcionar como uma certa forma de conferir legitimidade ao saber dos juristas”. HESPANHA, 2007, p. 30. Eros Roberto Grau, apontando os inúmeros sentidos de uso do vocábulo “ciência”, sustenta que a decisão jurídica, porque há de ser previsível, se “estrutura cientificamente”, mas defende que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da *ciência*, mas sim no âmbito da *prudência*, a qual é sempre implementada segundo certas regras, que asseguram um mínimo de previsibilidade à decisão nela fundada. GRAU, 2013, p. 63.

60 Conforme Perlingieri, textualmente, “As categorias jurídicas [...] devem contribuir para o conhecimento, e não representar rígidos paradigmas nos quais a realidade é deformada, a ponto de parecer substancialmente diversa”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 139.

61 Uma análise do papel de juízes e doutrinadores em ambos os sistemas é feita por Maria Celina Bodin de Moraes em: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Professores ou juízes? Revista eletrônica *civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014 (editorial).

62 FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 71-72.

63 PERLINGIERI, *op.cit.*, p. 102.

64 Para Virgílio Afonso da Silva, “A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial [*substantive due process of law*], traduz-se na exigência de ‘compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins’. Barroso chama a primeira exigência — *compatibilidade entre meio e fim* — de razoabilidade interna, e a segunda — *legitimidade dos fins* —, de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, *corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação*. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins”. SILVA, 2002, p. 33-34.

65 PERLINGIERI, 2008, p. 134.

- 66 A posição de Perlingieri, da qual compartilhamos, é no sentido de que não há falar [apenas] em limites externos a direito subjetivo, considerando que o direito subjetivo não é algo previamente dado de modo absoluto, contemplando em si mesmo limitações para o titular. “Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo. [...] Os limites que se definem externos ao direito, na realidade não modificam do exterior o interesse, mas contribuem à identificação da sua essência, da sua função.” PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 680-681.
- 67 No Brasil, o conteúdo da função social da propriedade já está dado no texto constitucional, facilitando o trabalho do intérprete na conceituação do instituto e no reconhecimento de que os limites ao direito subjetivo em questão são internos. Para uma análise funcional dos principais institutos do Direito Civil, veja-se: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- 68 Sobre o tema, veja-se o profundo estudo de: MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: __; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.
- 69 ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 210.
- 70 *Ibidem*, p. 212.
- 71 *Ibidem*, *loc. cit.*
- 72 ENGLISH, 1993, p. 212-213.
- 73 Discordamos dessa constatação, na medida em que, contemporaneamente, entendemos que se mostra limitado todo e qualquer processo de interpretação e aplicação do Direito que se conduza, exclusivamente, pelo prisma característico da lógica formal, isto é, que se processe de forma lógica, mecânica e neutra. Veja-se, no ponto, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Por um ensino humanista do Direito civil. *civilistica.com*, n. 2. 2012.
- 74 SCHÖNKE-SCHRÖEDER *apud* ENGLISH, *op. cit.*, p. 237.
- 75 ENGLISH, 1993, p. 239.
- 76 *Ibidem*, p. 236-239.
- 77 *Ibidem*, p. 240.
- 78 LARENZ *apud* ENGLISH, *op. cit.*, p. 240.

1.1 O que significa uma biografia?⁷⁹

A biografia como gênero literário e histórico, antes de ser inserida no contexto cultural e jurídico brasileiros, carece ser examinada a partir das disciplinas que a descrevem e nas quais seu estudo primordialmente se insere: a Literatura e a História. A biografia é, ao mesmo tempo, uma obra científico-artística e histórico-literária (sem deixar de ser, ainda, um produto tanto acadêmico como comercial).⁸⁰

Parece-nos legítimo ilustrar a importância do gênero para a literatura a partir do caso de um dos maiores escritores da cultura universal, William Shakespeare:

Por um longo período após a morte de Shakespeare, ocorrida em 1616, qualquer pessoa que tivesse curiosidade sobre a vida do escritor teria de recorrer a anedotas incertas e frequentemente contraditórias — em sua maioria, fornecidas por pessoas que nunca chegaram a conhecê-lo. Ninguém pensou em ouvir a família, os amigos ou os colegas atores do escritor até que fosse tarde demais. Somente no final do século 18 os biógrafos começaram a vasculhar documentos preservados em Stratford-upon-Avon e em Londres. Mas, durante todo esse tempo, o interesse por Shakespeare nunca arrefeceu. Ele esteve centrado, no entanto, mais em sua obra do que em sua personalidade. E a curiosidade sobre sua arte era, e ainda é, fácil de satisfazer [...]. Shakespeare não viveu, como nós, em uma era de Memórias. [...] Naquele tempo, as biografias literárias ainda engatinhavam e a palavra “biografia” sequer fazia parte da língua inglesa — e ficaria de fora dela até a década de 1660.⁸¹ Quando o interesse público começou a migrar da obra para a vida dos autores, já era muito difícil saber algo sobre Shakespeare [...].⁸²

Escrever a vida é um horizonte inacessível⁸³, mesmo porque (e talvez justamente por isso) seja um meio — privilegiado — de chegar ao universal⁸⁴, ainda que por intermédio de uma forma particular de

expressão que é o discurso sobre si.⁸⁵ “A história universal é a *biografia*, diríamos até a autobiografia da humanidade.”⁸⁶ No percurso deste trabalho árduo, o biógrafo consagra sua própria existência a esclarecer a vida de um estranho — um outro ator social — e assim descreve uma época, um modo de ser e de existir, um movimento, uma condição. O que também é mérito das autobiografias e das “autobiografias coletivas”, expressão que a antropóloga Fátima Quintas usa para descrever o clássico *Casa-grande & senzala*, escrito por Gilberto Freyre em 1933, tendo em vista que carrega em suas 700 páginas a busca de um tempo perdido por meio, fundamentalmente, das experiências do próprio autor.⁸⁷

Conforme François Dosse, por vezes a biografia é usada como pretexto para abordar um tema histórico ou se divide em duas partes, uma consagrada ao relato factual propriamente dito, outra, ao exame de questões controvertidas. Na biografia de Ricardo Coração de Leão, por exemplo, não se deveria distinguir o Ricardo Coração de Leão da lenda, separando-os de forma extrema, uma vez que o próprio rei buscava agir, na realidade, espalhando fábulas por conta própria.⁸⁸ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho destaca ser preciso esclarecer que, apesar de a biografia dizer respeito a um fato verídico⁸⁹, ela não se reduz à mera informação, pois se aproxima da investigação histórica.⁹⁰ Grandinetti sustenta que a investigação histórica, por sua vez, não se submete a limitação de nenhuma ordem, ilustrando com o fato de que não se poderia pretender impedir os historiadores, por exemplo, de dizerem que Dom João VI era um comilão ou que Dom Pedro I era mulherengo. A *biografia séria*, sustenta o autor, “goza da mesma licença concedida à investigação histórica”.⁹¹

Pode-se entender por histórico também o dado cultural (e vice-versa), no qual está igualmente presente toda a indústria do entretenimento.⁹² Dela fazem parte atrizes, atores, cantores, participantes de *reality shows*, garotos e garotas-propaganda, esportistas etc. O escritor Mario Vargas Llosa, em seu *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*, nos diversos ensaios que compõem a obra, trata desta relação entre história e cultura e entre cultura e entretenimento. Em “Metamorfose de uma palavra”, em que traça um panorama das interpretações e analisa a “profunda crise e decadência” pela qual passa a noção de cultura, assim aponta:

Vinte anos depois da publicação do livro de Eliot [T. S. Eliot, *Notas para uma definição de cultura*, de 1948], George Steiner respondeu em 1971 com *No castelo do Barba Azul: algumas notas para a redefinição da cultura*. Em seu compacto e denso ensaio, ele se escandaliza com o fato de o grande poeta de *The Waste Land* ter podido escrever um tratado sobre a cultura assim que terminara a Segunda Guerra Mundial sem fazer relação alguma entre esse tema e as vertiginosas carnificinas dos dois conflitos mundiais, e, sobretudo, deixando de fazer uma reflexão sobre o Holocausto, extermínio de 6 milhões de judeus em que desembocou a longa tradição de antissemitismo da cultura ocidental.⁹³

Algumas páginas adiante, Vargas Llosa faz a relação inversa, contrapondo sua tese à de Guy Debord (*A sociedade do espetáculo*). O autor francês formulara um ensaio em que “Os temas especificamente culturais, referentes às artes e às letras, só tangencialmente têm lugar”, porquanto “Sua tese é econômica, filosófica e histórica, mais que cultural, aspecto este da vida que Debord, fiel também nisso ao marxismo clássico, reduz a superestrutura das relações de produção que constituem o alicerce da vida social”. Sustenta Vargas Llosa que

A civilização do espetáculo, ao contrário, está cingida ao âmbito da cultura, não entendida como mero epifenômeno da vida econômica e social, mas como realidade autônoma, feita de ideias, valores estéticos e éticos, de obras artísticas e literárias que interagem com o restante da vida social e muitas vezes são a fonte, e não o reflexo, dos fenômenos sociais, econômicos, políticos e até religiosos.⁹⁴

No entanto, se cultura virou, em alguma medida, sinônimo de mera diversão (entretenimento) e se o sucesso comercial para essa indústria é essencial à sua permanência, será preciso compatibilizar a realidade social que se apresenta — de exaltação de valores ligados ao prazer e aos ganhos de mercado — com os demais valores sociais.⁹⁵

Com efeito, a cultura reconhecida como valor social a ser indiscutivelmente preservado é mais do que isso. Ela é experimentação que amplia o horizonte da experiência da vida, revela seus segredos ocultos e expõe a pessoa a valores estéticos inéditos, que revolucionam nossa sensibilidade e nos conferem uma visão mais sutil e nova do abismo sem fundo que é a condição humana.⁹⁶

Na trama da cultura contemporânea, outras formas, além das já conhecidas (biografias, autobiografias, confissões, memórias, diários íntimos e correspondências) aparecem disputando o mesmo ambiente com entrevistas, perfis, relatos de autoajuda etc. no que toca ao espaço biográfico. “No horizonte midiático, a lógica informativa do ‘isso aconteceu’, aplicável a todo registro, fez da *vida* — e, conseqüentemente, da ‘própria’ experiência — um núcleo essencial de tematização.”⁹⁷

A biografia difere de outros gêneros literários como o romance e o ensaio⁹⁸, constituindo-se, conforme a acepção comum dos dicionários, na “descrição da vida de uma pessoa”.⁹⁹ Mas há uma “ilusão retórica” quando se pensa ser possível tratar a vida como uma

história que se relata de forma coerente a partir de uma sequência de acontecimentos com significado e direção.¹⁰⁰ Allain Robbe-Grillet afirma que o advento do romance moderno está ligado justamente a esta descoberta, de que “o real é descontínuo, formado de elementos justapostos sem razão, todos eles únicos e tanto mais difíceis de serem apreendidos porque surgem de modo incessantemente imprevisto, fora de propósito, aleatório”.¹⁰¹

Essa aproximação entre a perspectiva histórica e a literária (a Literatura que também é o terreno da ficção, embora não exclusivamente), ao estender as possibilidades do fazer biográfico, pode tornar mais difícil a posterior análise do merecimento de tutela de uma biografia não autorizada quando se buscam ponderar os valores sociais e jurídicos em causa, a saber: a liberdade de expressão e a privacidade. Será que a liberdade de expressão que se protege (e, mais, se promove) no terreno da história é a mesma que se protege (e se promove) no terreno da literatura? Qual a relevância jurídica de se examinar as biografias (para fins de ponderação de direitos), em uma perspectiva histórica (o que não quer dizer cronológica) e, paralelamente, em uma perspectiva literária?

A incorporação das premissas de constitucionalização do direito, em especial no âmbito do direito civil, vem sendo afirmada pela doutrina brasileira há pelo menos 20 anos¹⁰², sendo uma delas a da historicidade do conhecimento jurídico e também de conceitos e institutos que, a despeito de não serem jurídicos, geram problemas concretos para o jurista. Com o estudo da formação histórica dos institutos e das categorias, objetiva-se descobrir a potencialidade normativa da lei no quadro do ordenamento jurídico¹⁰³, pondo a salvo os valores afirmados no Texto Constitucional.

Para o historiador Franco Ferrarotti, a biografia possibilita a leitura de uma sociedade através dela, resultando daí uma historicidade que nada tem a ver com o historicismo. “Privilegiando o nível do ator, Ferrarotti pensa que cada ação individual é uma forma de totalização de um sistema social e pode fazer com que este último se torne mais inteligível.” Nesse sentido, “Longe de contar uma vida, o relato biográfico mostra uma interação que ocorre por intermédio de uma vida”.¹⁰⁴

Neste momento ainda introdutório do capítulo, faz-se importante destacar que a tentativa de solucionar o problema das biografias não autorizadas no Brasil por meio da chamada metodologia do direito civil constitucional não afasta o reconhecimento de que “a ciência jurídica é feita de uma pluralidade de métodos, muitas vezes concorrentes e complementares”.¹⁰⁵ Perlingieri aponta, nesse passo, a necessidade de desenvolver a *sensibilidade* do jurista, assim como o fazem os comparatistas¹⁰⁶, lecionando que “Se é preciso elaborar leis adequadas, é igualmente necessário formar juristas que tenham a sensibilidade de interpretar, conhecer a realidade e individuar a normativa aplicável”.¹⁰⁷

Na metodologia do direito civil constitucional, somam-se à suprarreferida historicidade dos institutos o reconhecimento da preeminência das situações existenciais em detrimento das patrimoniais, premissa que será examinada no capítulo 2, quando serão postas as bases de ponderação da liberdade biográfica, definindo-as em termos de valores/direitos existenciais e não em termos de valores/direitos patrimoniais. Estes seriam os valores/direitos relativos a percentuais de direitos autorais, *royalties* ou outra medida de caráter econômico, cuja relevância aqui é apenas secundária. Da mesma forma, serão objeto de análise ao longo deste

estudo as premissas da funcionalização dos institutos do direito, a afirmação da supremacia da norma constitucional e da função promocional do direito e, ainda, a atenção às relevantes peculiaridades do caso concreto, e a superação da dicotomia entre direito público e direito privado.¹⁰⁸

É a partir da primeira premissa acima referida que partiremos para a análise da seção 1.2 a seguir, na qual se examinará a biografia como gênero histórico, sem com isso querer-se defender aqui uma linha divisória entre o gênero histórico e o gênero literário (seção 1.3), sob pena de não se compreender o fenômeno biográfico na sua totalidade.

-
79. Escolheu-se, para a caracterização desta primeira subseção, traçar um percurso no sentido do *significado* da figura sob análise, seguindo-se os ensinamentos de Pietro Perlingieri, para quem: “Na civilística contemporânea, à parte alguma tentativa isolada de utilizar o esquema das qualificações exclusivas em tema de direito das obrigações e dos contratos, os testemunhos mais interessantes encontram-se no uso rigoroso da análise da linguagem. Esta análise tende não somente a individuar uma parte geral do direito centrada na categoria do dever, com redimensionamento do valor científico de todas as outras situações subjetivas, mas, principalmente, a verificar a utilidade do método analítico, propondo novas soluções de alguns particulares problemas tradicionais. Assim, quanto às pessoas jurídicas, em polêmica com o essencialismo, ao invés [sic] de se perguntar o que são, tende-se a explicar o que significam”. PERLINGIERI, 2008, p. 92-93.
- 80 O escritor André Maurois, em *Aspects de la biographie*, situa o gênero biográfico a meio caminho entre o desejo de verdade, que obedece a um procedimento científico, e sua dimensão estética, que lhe empresta valor artístico. *Apud* DOSSE, François. *O desafio biográfico: escrever uma vida*. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (EDUSP), 2009, p. 56.
- 81 Por sua vez, a palavra autobiografia, segundo Contardo Calligaris, aparece na língua inglesa mais de cem anos depois, no final do século 18, “e só se estabelece nas primeiras décadas do século 19”. CALLIGARIS, Contardo. Verdade de autobiografias e diários íntimos. *Revista Estudos Históricos*, v. 11, n. 21, 1998, p. 47. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2071>>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- 82 SHAPIRO, James. *Quem escreveu Shakespeare?* A história de mais de quatro séculos de disputa pela herança de uma autoria. Trad. Liliana Negrello e Christian Schwartz. Curitiba: Nossa Cultura, 2012, p. 20-21. Também em francês — e em outras línguas europeias —, aponta François Dosse, a palavra “biografia” só aparece no fim do século 17. DOSSE, 2009, p. 12.
- 83 DOSSE, *op. cit.*, p. 11.
- 84 ARON *apud* DOSSE, *op. cit.*, p. 11. A mesma afirmativa é feita, de modo genérico, por François Ost quando aponta as diferenças entre direito e literatura. Segundo o autor, enquanto o direito registra generalidades e abstrações, a literatura se desdobra no particular e no concreto, o qual, no entanto, “é o caminho mais curto para chegar ao universal”. OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 18.
- 85 No nível *discursivo*, o conhecimento se dá por encadeamento de razões (conhecimento discursivo), oposto ao chamado conhecimento *intuitivo*. Em linguística, essa noção ganha impulso com o declínio do estruturalismo e com o crescimento das correntes pragmáticas, as quais se apoiam no contexto e no pressuposto de que as máximas

conversacionais são compartilhadas pelos dois parceiros. O termo discurso prolifera-se nos anos 1980, constituindo-se em uma *unidade linguística* a partir de algumas *ideias-força* como, por exemplo, “o discurso supõe uma organização transfrástica”, “o discurso é orientado”, “o discurso é uma forma de ação”, “o discurso é contextualizado”. Assim, CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. 3. ed. Coord. de Trad. Fabiana Komesu. São Paulo: Contexto, 2012, esp. p. 168-176 e 394-395. Já a *análise de discurso*, crítica em relação à *análise de conteúdo*, por não levar em conta a estruturação dos textos, “é concebida como uma extensão da linguística no domínio do discurso articulando teorias da língua, do discurso, do inconsciente e das ideologias”. À disciplina *análise do discurso* alguns, hoje, correspondem a chamada *linguística textual*. *Ibidem*, p. 42-43.

86 ARON *apud* DOSSE, 2009, p. 11.

87 DIAS, Rafael. Ciência e sentimento na busca do menino perdido. Perfil — Gilberto Freyre. *Revista da Cultura*, edição 76, p. 60-62, esp. p. 61, nov. 2013.

88 DOSSE, *op. cit.*, p. 48.

89 Abordaremos mais profundamente essa premissa na subseção 2.4.

90 Para Canotilho, Machado, Gaio Jr., “a biografia não autorizada, seja ela escrita ou audiovisual, pode ser considerada um híbrido, surgido do cruzamento entre investigação acadêmica e jornalismo de investigação” (2014, p. 39).

91 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 43-44. (Biblioteca de Teses).

92 A bibliografia é extensa e multidisciplinar sobre a crítica feita a uma *cultura do entretenimento*, cuja intenção é divertir e dar prazer, transformando cultura em artigos de consumo de massa. LLOSA, Mario Vargas. Metamorfose de uma palavra. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 23. Llosa critica, sobretudo, o entretenimento de hoje, que, em oposição à cultura do passado, em que os produtos pretendiam transcender o tempo presente, são fabricados para serem instantaneamente consumidos e descartados, “tal como biscoitos ou pipocas”. LLOSA, 2013, p. 27.

93 LLOSA, 2013, p. 15.

94 *Ibidem*, p. 22.

95 Em sua crítica à “banalização da cultura imperante, em que o valor supremo é divertir-se e divertir, acima de qualquer outra forma de conhecimento ou ideal”, Mario Vargas Llosa aponta o sentido deste “entreter”, sendo ele o de livrar o cérebro de preocupações e problemas, e então pergunta, partindo dessa lógica: “Haverá algo mais divertido que espiar a intimidade do próximo, surpreender um ministro ou um parlamentar de cuecas, investigar os desvios sexuais de um juiz, comprovar que chafurda no lodo quem era visto como respeitável e exemplar?”. *Ibidem*, p. 124.

96 LLOSA, 2013, p. 67.

97 ARFUCH, 2010, p. 15.

98 O ensaio é o gênero que, mais que qualquer romance ou biografia, nos ajuda a descobrir

como viver. BAKEWELL, Sarah. *Como viver: uma biografia de Montaigne em uma pergunta e vinte tentativas de resposta*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 294.

99 MODERNO DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=biografia>>. Acesso em: 7 fev. 2016.

100 BOURDIEU, Pierre. A ilusão biográfica. In: AMADO, Janaína; FERREIRA, Marieta de Moraes (Org.). *Usos e abusos da história oral*. 8. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 183-191, p. 184.

101 ROBBE-GRILLET *apud* BOURDIEU, 2006, p. 185.

102 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, 1992; e TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

103 PERLINGIERI, 2008, p. 114.

104 DOSSE, 2009, p. 248-249.

105 O perigo de uma passagem “fácil” de um método a outro conforme o tema ao qual dedique atenção o jurista é destacado pela doutrina, de que é exemplo RODOTÀ, Stefano. *Un metodo tra i metodi*, p. 275 *apud* PERLINGIERI, 2008, p. 123.

106 PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 124.

107 *Ibidem*, p. 12-13.

108 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Por um ensino humanista do direito civil. *Revista eletrônica civilistica.com*, ano 1, n. 2., 2012. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 1 mar. 2013.

1.2 A biografia como gênero histórico

A biografia como gênero histórico pode ser examinada a partir de duas grandes fases: da Antiguidade ao século 17, época do registro das *Vidas*, e da ruptura moderna aos dias atuais, com as *Biografias*.¹⁰⁹ Na primeira fase destacam-se o filósofo e historiador Plutarco de Queroneia (50-125) e seu contemporâneo, o biógrafo dos Césares, Suetônio (60-120), tendo Plutarco se dedicado à extensa tarefa de compilar os dados biográficos de romanos e gregos ilustres, visando alimentar em seus povos o civismo e a correção pública.¹¹⁰ Acreditava que toda a ação é resultado de uma concepção ética antecedente, servindo, mesmo os comportamentos negativos dos grandes homens, para corrigir o homem comum.¹¹¹

A aparição do “eu” biográfico (segunda fase do gênero) tem pouco mais de dois séculos e não pode ser dissociada da consolidação do capitalismo e do mundo burguês, tendo-se como marco *As confissões*, de Jean-Jacques Rousseau, de 1766.

Esboçava-se, desse modo, a sensibilidade própria do mundo burguês, a vivência de um “eu” submetido à cisão dualista (público/privado, sentimento/razão, corpo/espírito, homem/mulher), que precisava definir os novos tons da afetividade, o decoro, os limites do permitido e do proibido e as circunstâncias dos sexos, que, no século 19, se consolidariam sob o signo da desigualdade, com a simbolização do feminino como consubstancial ao reino doméstico.¹¹²

Há autores, no entanto, que apontam divisão distinta. Daniel Madelénat, por exemplo, distinguiria, segundo Dosse, as seguintes três fases: a) biografia clássica, da Antiguidade ao século 18; b)

biografia romântica, de fins do século 18 ao início do século 20, “que exprime uma necessidade nova de intimidade e de conhecimento dos segredos da vida familiar”; c) biografia moderna, “nascida do relativismo e das leituras ao mesmo tempo mais historicamente enquadradas, enriquecidas pelas contribuições tanto da sociologia como da psicanálise”.¹¹³ Dosse, em seguida, indica a sua própria compreensão sobre a evolução do gênero, reconhecendo que as mudanças na abordagem biográfica seriam mais bem delineadas considerando esta distinção: a) Idade Heroica; b) Idade Modal; c) Idade Hermenêutica.

Da Idade Heroica para a Modal, a grande diferença estaria na passagem de um fazer biográfico centrado nas vidas exemplares para um fazer biográfico no qual se descentraliza o interesse pela singularidade, passando o indivíduo a ter valor na medida em que ilustra o coletivo. Já da Modal para a Hermenêutica, a construção dos saberes leva a uma complexidade também do fazer biográfico, que é invadido pelos processos de subjetivação de estudos como a psicanálise.¹¹⁴

Segundo Plutarco, representante maior da primeira fase com *As vidas paralelas*, o biógrafo apresenta-se como um pintor cujo interesse não está na aparência física do modelo (embora as imagens, nas biografias, hoje se tenham por tão importantes quanto a própria história), mas em seu *ethos* (aquilo que o caracteriza), que pode ser apreendido apenas por meio de indícios e sinais. Na concepção plutarquiana, escrever uma vida é “pintar o retrato de uma alma: mostrar o que é invisível por meio de detalhes visíveis”.¹¹⁵

De fato, atualmente, entende-se que todas as perspectivas do personagem (física, estética, moral, pessoal, familiar, pública, profissional etc.) são relevantes para a reconstrução da figura cuja

vida se narra por meio de uma biografia. A centralidade dos grandes (leia-se dignos) personagens em detrimento da apreensão dos processos históricos gerais, que foi um traço da historiografia, inclusive a brasileira no século 19, não mais se verifica nas biografias atuais.¹¹⁶ Naquele tempo, tais escritos notabilizavam-se por um “espírito comemorativo” e um marcado “personalismo”, o que limitaria sua contribuição efetiva à pesquisa histórica.¹¹⁷ Segundo Voltaire Schilling, Plutarco fez escola inclusive no Brasil, onde seu representante mais expressivo fora Octávio Tarquínio de Souza, em cuja obra se encontram as biografias dos “Fundadores do Império Brasileiro”, dentre os quais, D. Pedro I e José Bonifácio.¹¹⁸

A historiografia conheceu uma nova epistemologia com a chamada *Nova História* (*Nouvelle Histoire*), com reflexos no biografismo.¹¹⁹ Embora tenha revelado o que, hoje, parece óbvio — que tudo tem história —, representou uma ruptura importante com a compreensão precedente, “que via no ser humano um *self-made*”.¹²⁰ Conclui Vilas Boas:

Todo biógrafo autoconsciente reconheceria que o mundo das experiências comuns, que se movimentam entre o público e o privado, é importante em uma biografia que pretenda escapar à visão rasa (típica do jornalismo de noticiários) de que uma pessoa constrói sozinha seu universo consagrador. Alberto Dines, na contracorrente, escreveu no prólogo da primeira edição de seu *Morte no paraíso* (1981, p. 68) que “a história dos vencedores tem muitos coautores” (grifo nosso).¹²¹

Conforme apurado relato de François Dosse, a aventura biográfica conheceu um “demorado eclipse” ao longo do século 19 e durante a maior parte do século 20 — o que também é destacado, no Brasil, por Mariza Guerra de Andrade, com foco no período sombrio que se inicia no final da década de 1960¹²² — vindo a retomar lugar de destaque e prestígio nas ciências humanas e entre os historiadores,

em particular, no início dos anos 1980.¹²³ Por meio das biografias recupera-se a “feição humana dos processos históricos”¹²⁴, ainda que nessa perspectiva o sujeito apenas reflita uma “construção estrutural”, servindo de exemplo e não de problema.¹²⁵

No período de censura vivido no Brasil, as biografias sofreram a retração do mercado livreiro com os limites impostos à liberdade. Nesse período, parte do mercado editorial brasileiro editava conteúdo vindo de fora, ainda que de qualidade duvidosa, alimentando o circuito da “dependência cultural” em relação ao que é produzido no exterior.¹²⁶ Essa dependência — que ainda hoje é sentida nas artes em geral — mesmo que em grande parte se deva a outros fatores (como os de ordem econômica e cultural), deve-se também pela diferença no discurso de legitimidade da difusão de biografias aqui e alhures. Isso porque a forte discussão que tem sido travada no Brasil nos últimos anos sobre a proibição ou a liberação de obras biográficas, com o debate alcançando a mais alta Corte de Justiça e o Parlamento, não encontra similar em outros países democráticos de que se tem notícia, ainda que se possa perceber que em todo mundo ocorram questionamentos judiciais pontuais sobre o gênero. Ainda que no passado a censura política e cultural tenha servido para retrair o mercado, na atualidade, argumentos pró-liberação de obras biográficas centrados na premissa da vedação à censura não nos parecem ser os mais adequados, embora presentes na absoluta maioria dos julgados sobre o tema, a exemplo do *Caso Lampião, o mata-sete*.¹²⁷ O ponto, como se desenvolverá nos capítulos seguintes, não está focado na oposição entre liberdade e censura, mas sim na questão muito mais difícil de solucionar, centrada na contraposição dos direitos de liberdade (de expressão) *versus* direitos da personalidade.

Com efeito, análises psicanalíticas do biografado como as empreendidas em grande medida na atualidade podem levar a uma consequência questionável no terreno da verdade — e, consequentemente, na proteção aos direitos da personalidade do retratado —, a partir de uma confusão estabelecida entre biografado e biógrafo. Dosse aponta a existência de um tipo especial de veracidade quando se mescla o ficcional ao factual, da forma como essas duas dimensões funcionam no inconsciente, citando Jean-Bertrand Pontalis, em entrevista na qual este afirma:

Quando estamos na ordem da evolução subjetiva, estamos no ficcional; ora, tudo é ficcional nesse campo. Inventamos uma vida, sobretudo, quando a escrevemos e procuramos dar-lhe, se não um sentido, pelo menos uma orientação. Eis o que atrapalha a biografia clássica, pois, com muita frequência e por definição, partimos do ponto de chegada, daquilo que a pessoa se tornou, e justificamos essa vida em função de seu devir e de seu fim.¹²⁸

Abordagens dessa linha conduzem ao reconhecimento de que “o gesto biográfico é duplo”, já que corresponde a uma ficção que o biógrafo elabora sobre um outro e é, também, um autorretrato do próprio biógrafo, alterado por seu encontro com esse outro.¹²⁹ Na análise do discurso, essa ideia é expressa no *princípio de alteridade* (ou *princípio de interação*), que, derivado da filosofia, serve para “definir o ser em uma relação que é fundada sobre a diferença: o *eu* não pode tomar ciência do seu *ser-eu* a não ser porque existe um *não eu* que é o outro, que é diferente”.¹³⁰ Oposto ao conceito de identidade, o princípio de alteridade define o ato de linguagem como um ato de troca entre o sujeito comunicante (*eu*) e o sujeito interpretante (*tu*).¹³¹

Surge daí o conceito de alterobiografia, “concebida como simples distanciamento da autobiografia, um método para recuperar a

constituição do eu, de onde resulta que o biógrafo é ‘e continuará sendo, em todas as acepções da palavra, *invenção do eu* ‘como’ se o eu fosse o *outro*’”.¹³² Essa relação interna entre o um e o outro, segundo Dosse, foi apreendida por Gérard Macé, que esclarece, na quarta capa de *Vies antérieures*:

Este livro se insere numa tradição, prolonga um gênero que já nos deu vidas paralelas, imaginárias, breves e mesmo insignificantes [...]. De um relato a outro, e do eco à associação, é a voz do narrador que tece o liame — um narrador cuja memória vai além das lembranças pessoais e parece acreditar na verdade segundo a qual “diz-me quem assombras e dir-te-ei quem és”.¹³³

Na biografia de Maria Antonieta feita por Stefan Zweig, Alberto Dines percebe essa alteridade, iniciando seu prefácio com as seguintes palavras:

Stefan Zweig poderia parafrasear Gustave Flaubert quando este, pressionado pela curiosidade em torno da inspiradora de seu romance, respondeu desafiador: “Madame Bovary c’est moi”.

Discreto, recatado, o escritor austríaco não se permitiria tal ousadia. Mas na introdução à *Maria Antonieta* tal é o seu empenho em humanizá-la, entendê-la e explicá-la, que parece estar desenhando uma projeção de si mesmo. A personalidade comum que o destino escolheu para testar e agigantar no auge da Revolução Francesa pode ser o próprio biógrafo, dispensado de usar a primeira pessoa do singular. Jamais se considerou sumidade literária, enxergava-se e se sentia melhor como simples mediador.¹³⁴

Diante disso, questiona-se: a que serve um estudo biográfico? Qual a *função* de uma biografia nos dias de hoje? Sua função é histórica?¹³⁵ É literária? É ainda sociológica ou antropológica, considerando o lugar do método biográfico nessas disciplinas científicas?¹³⁶ E mais, para aprofundamentos em outras disciplinas, como o Direito, tal qualificação tem sentido prático?

Entender as biografias na atualidade com função histórica pode exigir um distanciamento para a sua escrita, e conseqüentemente para a escolha do biografado. Isso porque, consoante apontou Henrique Wallenstein (1882):

Assim por diante, pode a história do Brasil chegar até a Independência e coroação de D. Pedro. Parece justo, que a história termine aqui, porque escrever a história contemporânea nenhum historiador nacional o deve fazer para se não expor a juízos temerários, e a outros inconvenientes, e o tempo virá.¹³⁷

Outros autores ponderam, no entanto, que mesmo sob o risco da parcialidade a história contemporânea deveria, sim, ser objeto da memória daqueles que a testemunham.¹³⁸ Essa é uma discussão atual bastante importante, como no caso da recente biografia publicada (e posteriormente retirada do mercado) do cantor e compositor Roberto Carlos.¹³⁹ Ao explicar sua escolha pelo personagem, o professor e historiador Paulo Cesar de Araújo volta suas memórias ao dia da morte do cantor e compositor Luiz Gonzaga, em 2 de agosto de 1989, quando, ao saber da notícia no *campus* da PUC-Rio, parado ao lado do busto do ex-presidente norte-americano John Kennedy, deu-se conta de que o presidente dos Estados Unidos era uma figura muito mais próxima dos alunos da PUC do que ídolos do passado nacionais, mesmo aqueles ainda presentes na mídia e que faziam parte da história da Música Popular Brasileira.¹⁴⁰ Segundo memórias do escritor, “Eu tinha lido um texto sobre metodologia em história oral e achava que esse era um caminho possível para a pesquisa: obter depoimentos inéditos e exclusivos sobre a vida e a obra dos mais diversos músicos, cantores e compositores”.¹⁴¹ Só no ano de 1989 haviam sido três as perdas: Luiz Gonzaga, Raul Seixas e Nara Leão. Pensando que não era preciso um artista morrer para merecer reconhecimento, e que seu ídolo desde a infância, Roberto

Carlos, ainda não tinha tido nenhum livro de análise sobre sua obra publicado, decidiu dar início ao projeto que se tornaria a biografia proibida *Roberto Carlos em detalhes*.¹⁴²

Entendê-las, por outro lado, com função cultural não requer de forma alguma esse distanciamento. O dado cultural parte de outras premissas e necessidades, embora seja tão relevante quanto o dado histórico. Em aprofundado estudo sobre o direito fundamental de acesso à cultura, Allan Rocha de Souza perpassa os diversos sentidos desta palavra e reconhece que

A importância do elemento cultural na formação das experiências, valores e identidade dos indivíduos é patente. Constituída e vivenciada a partir das relações sociais dos indivíduos, o aparato simbólico em que se constitui a cultura é fator essencial à formação das visões de mundo de pessoas e grupos.¹⁴³

Da mesma forma, reconhecer uma função sociológica aos relatos biográficos — como modo de se chegar, pelo particular, aos comportamentos sociais de um período, região ou qualquer outro contexto —, ou mesmo antropológica, também não nos parece requerer esse distanciamento temporal. O método biográfico pode ser de extrema importância para os estudos sociais e antropológicos, especialmente em uma época em que a coexistência de tantos gêneros discursivos em torno dos relatos de vida, em uma indiscutível valorização dos “microrrelatos”, tem se mostrado uma marca da nova subjetividade.¹⁴⁴

Ainda no que toca à sua função, o gênero biográfico pode servir de instrumento para o tema da *autoria* quando se trata da biografia de escritores e artistas de forma geral.¹⁴⁵ O questionamento bastante comum que coloca em xeque a pertinência da vida privada e da intimidade¹⁴⁶ de biografados pode ser respondido com o caso do dramaturgo William Shakespeare.

Data do século 18 a mais antiga alegação documentada de que a produção do dramaturgo inglês não seria, de fato, obra sua, mas, sim, de outros contemporâneos (os céticos não são uniformes quanto a quem seria o verdadeiro autor das peças).¹⁴⁷ E o argumento central de estudiosos que questionam a autoria gira em torno de fatos da vida pessoal de Shakespeare. Segundo James Wilmot,

não há nos escritos de Shakespeare nada que pudesse ser feito sem a instrução longa e precocemente iniciada de um erudito, de um homem viajado, de um homem associado aos grandes e aos cultos. E não há, no que se conhece da vida de Shakespeare, qualquer coisa que comprove que ele tinha tais qualidades.¹⁴⁸

Em resposta a essas ponderações, James Shapiro afirma:

Shakespeare é produto de um mundo pré-moderno, ao passo que a controvérsia da autoria é uma criação da modernidade. Ou seja, é um perigo observar o passado com olhos contemporâneos — e esse perigo vai do risco de interpretar o que a herança contestada de Shakespeare pode realmente significar até o de assumir que os escritores da época usavam experiências pessoais em sua obra.¹⁴⁹

Analisando em uma perspectiva mais particular, pode-se reconhecer a existência de múltiplas funções ao relato biográfico, a depender de quem é o sujeito biografado. É possível reconhecer uma função distinta à biografia de um político¹⁵⁰ e à biografia de um artista. Seguindo essa linha, será igualmente possível que a função interfira nos critérios para o merecimento de tutela de umas e outras? Voltaremos a essa reflexão no capítulo 3.

Assim, seja sob a perspectiva histórica, seja sob a perspectiva cultural em sentido amplo, o estudo das biografias é ainda incipiente (especialmente no Brasil) e irá requerer do jurista uma sensibilidade especial para solucionar os problemas jurídicos que da pesquisa e da publicação do gênero se apresentam. Conforme asseverou Allan

Rocha, “Um fenômeno tão fluido e dinâmico como o cultural não se presta facilmente à objetivação jurídica”.¹⁵¹

Esta aproximação que há, no gênero biográfico, entre as perspectivas histórica e literária (cultural) é bem definida por Dosse:

O domínio da escrita biográfica tornou-se hoje um terreno propício à experimentação para o historiador apto a avaliar o caráter ambivalente da epistemologia de sua disciplina, a história, inevitavelmente apanhada na tensão entre seu polo científico e seu polo ficcional. O gênero biográfico encerra o interesse fundamental de promover a absolutização da diferença entre um gênero propriamente literário e uma dimensão puramente científica — pois, como nenhuma outra forma de expressão, suscita a mescla, o caráter híbrido, e manifesta assim as tensões e as convivências existentes entre a literatura e as ciências humanas.¹⁵²

¹⁰⁹ DOSSE, 2009, p. 12.

¹¹⁰ PLUTARCO. *Vidas paralelas: Alexandre e César*. Apresentação de Voltaire Schilling. Trad. Júlia Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 10.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 10-11.

¹¹² ARFUCH, 2010, p. 36.

¹¹³ MADELÉNAT, Daniel. *La biographie apud* DOSSE, François. *O Desafio*, op. cit., p. 13. Exemplo desta influência da psicanálise verifica-se nas biografias de Stefan Zweig: “Além disso, admirador de Freud, Zweig foi um dos primeiros escritores a trabalhar conscientemente com um enfoque psicanalítico em suas biografias”. ZWEIG, Stefan. *Maria Antonieta: retrato de uma mulher comum*. (Texto de orelha do livro). Trad. Irene Aron. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. E do prefácio de Alberto Dines, colhe-se também: “Recém-saído de um forte envolvimento com a psicanálise vivenciado no perfil do mestre-amigo Sigmund Freud, na obra seguinte não poderia despezá-la. Com a perspectiva de 150 anos passados desde a queda da Monarquia, liberado de constrangimentos em devassar intimidades de uma celebridade e descomprometido com qualquer enfoque ideológico, Zweig fez uma das mais perfeitas experiências de psico-história”. DINES, Alberto. Prefácio. In: ZWEIG, 2013, p. 10.

¹¹⁴ DOSSE, 2009, p. 123-359.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Maria da Glória de. *Escrever vidas, narrar a história: a biografia como problema historiográfico no Brasil oitocentista*. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 65.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 109.

¹¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁸ PLUTARCO, 2011, p. 15. No estudo de Mariza Guerra de Andrade, a historiadora aponta que as biografias de Raimundo Magalhães Junior (1907-1981, “o pai da moderna

biografia brasileira”) eram carregadas deste “sentimento de ‘pertença nacional’”, sendo importante para o autor dar a conhecer ao público a vida e a obra dos que trabalharam para a construção da nação brasileira. ANDRADE, Mariza Guerra de. *Anel encantado: biografia e história em Raimundo Magalhães Junior*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 17.

119 VILAS BOAS, Sergio. *Biografismo: reflexões sobre as escritas da vida*. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 135.

120 VILAS BOAS, Sergio, 2008, p. 135.

121 *Ibidem*, p. 136.

122 ANDRADE, 2013, p. 18.

123 DOSSE, 2009, p. 16. Leonor Arfuch também aponta a biografia como um gênero atualmente em evidência (p. 137). Segundo a pesquisadora argentina, “a excessiva publicação de biografias em nossos dias mostra tanto sua resistência ao tempo e aos estereótipos do gênero quanto a busca de novos posicionamentos críticos a respeito de seu inegável trabalho ficcional [leia-se, para Arfuch, no sentido literário e não no sentido inventivo]; mostra também o favor sustentado do público, que busca nelas esse *algo a mais* que ilumine o contexto vital da figura de algum modo conhecida — dificilmente se lê a biografia de um personagem que se desconhece. Não é por acaso, então, que reiteradamente aparece, em declarações, como o gênero preferido nos hábitos de leitura de intelectuais e escritores” (p. 140). Em outra passagem, a análise da pesquisadora dirige-se ao próprio fazer biográfico no âmbito das ciências sociais: “Dar a voz aos protagonistas é também o que persiste, nas ciências sociais, nesse ‘retorno’ do (ou ao) biográfico, que para alguns começa nos anos 1970 como uma das manifestações do esgotamento do estruturalismo e de sua elisão do sujeito e sua historicidade (Chirico, 1992). Desde então, se aceitamos esse ponto hipotético, esse ‘dar a voz’ não deixou de se intensificar tendencialmente, quase em paralelo com o que acontece no espaço midiático. Mas esse retorno introduz — ou deveria introduzir — no horizonte acadêmico uma diferença radical. Diferença quanto a uma maior legitimidade alcançada, mas também enquanto consciência de seus limites” (p. 253-254).

124 AVELAR, Alexandre de Sá. A biografia como escrita da história: possibilidades, limites, tensões. In: *Dimensões*, v. 24, p. 158, 2010.

125 *Ibidem*, p. 160.

126 ANDRADE, 2013, p. 19.

127 TJSE. Ap. Cível n. 201415770. Rel. Des. Cezário Siqueira Neto, j. 30/9/2014. Do voto do Relator, extrai-se: “Por derradeiro, não é demais repetir que, se a recorrida, autora da ação, sentiu-se ‘ofendida’ com o conteúdo do livro em testilha, pode-se valer dos meios legais cabíveis. Porém, querer impedir o direito de livre expressão do autor da obra, no caso concreto, caracteriza patente medida de censura, vedada por nosso constituinte”.

128 DOSSE, 2009, p. 50.

129 *Ibidem*, p. 50.

130 CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2012, p. 34-35.

- ¹³¹ *Ibidem*, p. 34-35.
- ¹³² DOSSE, 2009, p. 50.
- ¹³³ MACÉ *apud* DOSSE, *op. cit.*, p. 50.
- ¹³⁴ DINES, Alberto. Prefácio. In: ZWEIG, 2013, p. 9. Destaca-se, ainda, do prefácio: “O filtro que utilizava para selecionar seus biografados eliminava de saída os bem-sucedidos, os vencedores. Levava para o pedestal justamente aqueles que viviam na zona de sombra. Maria Antonieta — jovem, linda, solta e sonsa, em teoria a rainha da poderosa nação francesa — serviu-lhe admiravelmente para descrever a queda e a redenção da mulher média, igual às demais. Sua maestria residia justamente em operar a inversão do sólito em insólito, do banal em grandioso, do corriqueiro em trágico”. DINES, Alberto. Prefácio. In: ZWEIG, 2013, p. 9-10.
- ¹³⁵ Maria da Glória de Oliveira examina o uso das biografias como fontes subsidiárias à elaboração da narrativa historiográfica. E destaca o papel da história como artífice da nacionalidade, da promoção da unidade e integridade (do Império) em um determinado momento da história do Brasil. OLIVEIRA, 2011, p. 85.
- ¹³⁶ Para um maior aprofundamento da pertinência científica do relato biográfico nas Ciências Sociais e na Antropologia, inclusive no que toca à antropologia cultural, veja-se: DOSSE, 2009, em esp. p. 241-254.
- ¹³⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 69. Nesse sentido é que alguns defendiam, conforme Oliveira, que “só de mortos é que se deveria escrever a história”.
- ¹³⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*
- ¹³⁹ ARAÚJO, Paulo Cesar de. *Roberto Carlos em detalhes*. São Paulo: Planeta, 2006.
- ¹⁴⁰ ARAÚJO, 2006, p. 103-104.
- ¹⁴¹ *Ibidem*, p. 104.
- ¹⁴² *Ibidem*, p. 104-107.
- ¹⁴³ SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012, p. 24.
- ¹⁴⁴ Da análise profunda e multidisciplinar de Leonor Arfuch, cujo contexto é o de uma Argentina nos primeiros anos da década de 1990, colhe-se: “No horizonte da cultura — em sua concepção antropológico-semiótica —, essas tendências de subjetivação e autorreferência, essas ‘tecnologias do eu’ e do ‘si mesmo’, como diria Foucault ([1988] 1990), impregnavam tanto os hábitos, costumes e consumos quanto a produção midiática, artística e literária. Consequentemente, com a consolidação da democracia brotava o democratismo das narrativas, essa pluralidade de vozes, identidades, sujeitos e subjetividades que pareciam confirmar as inquietudes de algumas teorias: a dissolução do coletivo, da ideia mesma de comunidade, na miríade narcisista do individual”. ARFUCH, 2010, p. 19.
- ¹⁴⁵ Em *O anjo pornográfico*, Ruy Castro refere a polêmica em torno da autoria da peça *Vestido de noiva* nos anos 40, uma vez que se insinuou que o diretor, o polonês fugido da Segunda Guerra Zbigniew Ziembinski, teria sido o verdadeiro autor da peça mais famosa de Nelson Rodrigues. Os críticos não entendiam como poderia ter sido escrita por ele

uma peça com semelhanças temáticas e estilísticas a dois grandes autores do período, Luigi Pirandello e Henri-René Lenormand, se o próprio Nelson Rodrigues afirmava — mas de forma irônica, aponta o biógrafo — ter visto e lido poucas e medíocres obras. CASTRO, Ruy. *O anjo pornográfico: a vida de Nelson Rodrigues*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 177.

¹⁴⁶ Não sendo este o momento de aprofundarmos a discussão pertinente à autonomia dos aludidos direitos da personalidade (vida privada e intimidade) ou de sua reunião no conceito de privacidade, é de ser registrado, no entanto, que os direitos da personalidade, conforme acurada visão de Maria Celina Bodin de Moraes, se ampliam (e se requalificam) na medida em que se interpreta a “inviolabilidade da vida privada” (expressão presente no art. 21 do Código Civil brasileiro) “não como a tímida tutela do microcosmos da casa, mas como o espaço (inviolável) da liberdade de escolhas existenciais”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 148.

¹⁴⁷ SHAPIRO, 2012, p. 3.

¹⁴⁸ WILMOT *apud* SHAPIRO, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁹ SHAPIRO, *op. cit.*, p. 11. Nessa mesma linha, Ruy Castro exemplifica, no Brasil, o caso da obra musical de Dorival Caymmi, que escreveu músicas sobre mar e pescador e nunca soube nadar nem pescar. Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras” (Rio de Janeiro), em 4 de março de 2013.

¹⁵⁰ Conforme tem sido noticiado em matérias jornalísticas como a publicada no jornal *O Globo*, de 2 de março de 2014, p. 4, intitulada “Na política, álbuns de família digitais: candidatos apostam na divulgação da intimidade para ganhar votos”, em que, acima do texto escrito pela jornalista Letícia Fernandes, aparece a foto postada pelo próprio então presidenciável Eduardo Campos na sala de partos registrando o nascimento de seu filho Miguel, a exibição da intimidade do candidato visa “fidelizar” o cidadão (internauta), já que o político possui pouco tempo no horário político de tevê. Dados da matéria indicam que Eduardo Campos, Marina Silva e Aécio Neves adotam a postura de exibir publicações sobre família e gostos pessoais, ao passo que a Presidente Dilma Rousseff apresenta na rede um perfil institucionalizado, sem referências à sua vida pessoal. Na mesma matéria, o especialista em mídia digital Gabriel Rossi explica que “O impacto (de publicar a intimidade) é positivo, porque a internet é ligada à personalização, à humanização. Não há mais o palanque em que o político fala e os outros ouvem, é importante ficar no mesmo patamar dos eleitores”. É a ideia de empatia, existente por trás de todo discurso biográfico, e que no terreno da política é utilizada para atrair o maior número possível de eleitores.

¹⁵¹ SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012, p. 43.

¹⁵² DOSSE, 2009, p. 18.

1.3 A biografia como gênero literário

Paralelamente ao crescente interesse de escritores, editores e do público leitor pelo gênero biografia, o desenvolvimento de estudo teórico dos problemas relacionados à escolha do personagem¹⁵³, à técnica da entrevista para a biografia¹⁵⁴, às relações entre a vida do biografado e a produção de sua obra, à “ética” que deve conduzir o biógrafo quando da passagem do momento da escolha do personagem que será objeto de seu trabalho e o “desnudar do herói”¹⁵⁵ deve ser priorizado, evitando-se que as biografias se tornem simples objeto de consumo.

A premissa central de toda biografia, segundo uma compreensão generalizada, é a de que se contará a verdade sobre fatos da vida do personagem. E para tanto é preciso que o biógrafo retire o personagem de sua posição de superioridade, do folclore; “a pessoa, o ser humano é muito mais interessante do que o herói”, diz o biógrafo de personagens como Garrincha, Carmen Miranda e Nelson Rodrigues.¹⁵⁶ Ainda segundo Ruy Castro, é preciso “reduzir o herói à condição de ser humano”.¹⁵⁷

Embora não se possa negar a importância do mito, da lenda, para a construção das sociedades¹⁵⁸, destaca-se como o principal mérito de um texto biográfico a sua capacidade de gerar empatia¹⁵⁹, o que se alcança também por meio dos dons estilísticos do bom escritor. *Empatia* que não se confunde com *identificação*, fundamentalmente porque a primeira não exclui a distância crítica, ausente na segunda.

Mariza Guerra de Andrade assim destaca o impacto da empatia no discurso biográfico:

Contudo, a biografia tem, em geral, grande penetração no mundo do leitor pela eventual empatia com a leitura da história de vida, pela companhia simbólica que sua narrativa oferece ao leitor, possibilitando-lhe certo grau de autocompreensão e de compreensão de problemas e de desafios humanos. A biografia, entre outras formas textuais, impressas ou não, permite acesso direto às construções difusas e amplas da “cultura histórica” que a sociedade produz sobre si mesma.¹⁶⁰

Nesse percurso, os acréscimos romanescos são inevitáveis, colocando em xeque a questão da verdade. Perderia ela, nesse contexto, a condição de informadora do merecimento de tutela da obra biográfica? Qual é, portanto, o limite que separa ficção e realidade na obra biográfica?

No Jornalismo, o chamado Jornalismo Literário ganhou destaque nos anos 60, nos Estados Unidos, com o *New Journalism*, um gênero que inclui na narrativa técnicas literárias¹⁶¹, que vão do uso de figuras de linguagem e de *flashbacks* a construções narrativas fluidas e menos objetivas, construção cena a cena, uso de fluxo de consciência e ponto de vista autobiográfico, deixando mais agradável a sua leitura, mas sempre com fundamento em dados verídicos. Também na História as técnicas e os recursos estilísticos da Literatura e do Jornalismo têm sido incorporados, inclusive com a inserção de detalhes pitorescos e da vida cotidiana dos personagens, cabendo ao historiador “a tarefa de eliminar a mescla entre biografia e romance, de estabelecer referências documentais e empíricas seguras, de preocupar-se com a verdade ou as verdades, pelo uso de ‘provavelmente’, ‘talvez’, ‘pode-se presumir’, ‘acredita-se que’ etc.”.¹⁶²

No gênero biográfico, relata Dosse a existência de estilos que incluem desde um modo de contar “mais tedioso”, no qual “não lhes

falta nenhum detalhe da vida cotidiana do herói”, como as biografias anglo-saxônicas, até as biografias romanceadas à maneira francesa.¹⁶³ Entretanto, poder-se-ia dizer que romanceado é sinônimo de ficcional?

A princípio, não. Romanceado, aqui, quer significar um tipo de escrita que, na narrativa biográfica, faz uso de ferramentas do jornalismo — em especial do acima mencionado jornalismo literário — e que, por isso mesmo, não prescinde da verificação da verdade. Como ensina Leon Edel:

A nova biografia aprendeu o que a antiga nunca conseguiu entender: que nos contradizemos a nós mesmos e que somos ambivalentes, que a vida não é tão consistente nem tão intelectual como a biografia desejaria, e que quando nos aproximamos tanto quanto possível do caráter, da personalidade e da natureza do temperamento e do gênio, escrevemos o tipo de biografia que *mais se aproxima da verdade*. Na luta com *materiais difíceis de manejar*, o biógrafo pode recordar como Madame Curie e seu marido fundiram toneladas e toneladas de resíduos de *pechblenda* durante muito tempo com o fim de obter por último uma quantidade muito reduzida de rádio: o equivalente dessa quantidade, no processo biográfico, seria o espírito humano misterioso, oculto e raramente visível, seus mitos internos e a propulsão interna que o conduz do despertar diário à existência.¹⁶⁴

O biógrafo também se depara com o problema do ficcional diante da existência de lacunas documentais e perguntas sem respostas que necessariamente irá encontrar ao longo do caminho. E nesse momento se dará conta da “dimensão *ficcional* de toda biografia [...], a qual provoca um polêmico questionamento à absoluta distinção entre um gênero verdadeiramente literário e uma dimensão puramente científica”.¹⁶⁵ Esse hibridismo expressa tanto as tensões como as conveniências existentes entre a Literatura e as Ciências Humanas, de que a biografia é apenas um exemplo.¹⁶⁶

Para Ruy Castro, embora não seja isto que qualifique uma biografia, mostra-se importante para o gênero que o biografado esteja morto há, pelo menos, uns dez anos. Isso porque a história da pessoa retratada ainda não terminou. E, se a morte for recente, há uma tendência humana de tratar as pessoas recém-falecidas com certa sacralidade¹⁶⁷, o que afasta o texto escrito da definição de biografia, a qual não se confunde com outras produções escritas sobre a vida de alguém, como o livro de memórias e a autobiografia.¹⁶⁸

No mesmo sentido, mas por motivo diverso, Alberto Dines entende que fazer a biografia de um sujeito vivo é algo incompleto, uma vez que a morte é parte da sua biografia.¹⁶⁹ Como escreveu o cronista do jornal *O Globo* Artur Xexéo, por ocasião da morte do cineasta Eduardo Coutinho, assassinado pelo filho supostamente esquizofrênico, no início do ano de 2014,

Quem era o homem que existia atrás do documentarista genial? Ele nunca mostrou. Qualquer definição de Eduardo Coutinho limitava-se a descrever seu mau humor e seu jeito ranzinza. Quando se ia um pouco mais além, falava-se de seu hábito tabagista. E só. O resto era cinema. Como se alguém pudesse ser só cinema e duas ou três manias. A cena da morte de Eduardo Coutinho revelou mais sobre sua intimidade do que todos os seus 80 anos de vida.¹⁷⁰

Na biografia de um vivo, afirma Alberto Dines, “falta um elemento crucial — a morte. A forma de morrer tem a ver com a forma de nascer, com a forma de viver”.¹⁷¹ Em sentido diametralmente oposto, entende Sergio Vilas Boas que os maiores riscos estão mais nas biografias de mortos do que nas de vivos, uma vez que nestas é mais fácil evitar o perigo de colocar a obra acima da vida, bem como o de “predestinar” o biografado.¹⁷²

À pergunta formulada no início deste capítulo, sobre qual a relevância jurídica de se examinarem (para fins de ponderação de direitos), em uma perspectiva histórica (o que não quer dizer cronológica) e, paralelamente, em uma perspectiva literária, as biografias, cabe responder com as palavras de Sergio Vilas Boas, forte nos ensinamentos de Antonio Candido:

Antonio Candido considera um risco reduzir a situação histórica a acessório, não lhe dando importância na configuração dos fatos que tocam na vida do biografado. A consequência, em geral, é o estabelecimento de um nexo causal direto entre o personagem e os acontecimentos, que parecem decorrer da sua vontade ou da sua influência [...]. Mas o polo oposto é igualmente perigoso. Enquanto o biógrafo de vocação histórica mais definida tende a dissolver o indivíduo no contexto histórico-social, hipertrofiando, assim, o que não deveria passar de quadro ou pano de fundo, o biógrafo de vocação mais literária se inclina a recriar seu personagem, na tentativa de humanizá-lo. Mas ambos estão equivocados, e no limite ambos se servem do sujeito, um para fazer história, outro para fazer romance, como lembra Candido, para quem o núcleo do trabalho do biógrafo é, por definição, um estudo de personalidade, mesmo quando a finalidade seja outra: “O ideal, todavia, é que a biografia possa funcionar de modo válido como conhecimento e interpretação, cabendo indagar se, uma vez estabelecido o equilíbrio ideal entre os dois perigos [os dois mencionados anteriormente], o estudo de uma pessoa eminente possa servir ao mesmo tempo para estabelecer a sua natureza e a sociedade em que viveu”.¹⁷³

Quer-se assim afirmar que, juridicamente, é relevante ter presente que as diferentes abordagens biográficas são possíveis, tendo em vista os diferentes campos do conhecimento. No entanto, para o direito, é indispensável alcançar uma concepção o mais equilibrada possível do fenômeno biográfico, na linha do que ensina o mestre da literatura Antonio Candido.

Em uma abordagem jurídica como a que se empreenderá a seguir, o mais importante parece-nos ser a identificação — e consequente afastamento — do perigo que há na funcionalização da pessoa em

razão da narrativa histórica ou da criação literária. Ao autor da obra competirá “organizar o universo dos discursos”¹⁷⁴ de modo a evitar essa armadilha, que, uma vez superada, abre fronteiras para a produção biográfica.

¹⁵³ Lembra Ruy Castro que o personagem nem sempre será uma pessoa, podendo ser também um movimento, como no livro *Chega de saudade*, sobre a bossa nova, que é de sua autoria, ou uma região. Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras”, em 4 de março de 2013. Em sentido diverso, adotaremos conceito mais restrito de biografia, limitando-a à narrativa sobre a vida de uma pessoa.

¹⁵⁴ Ruy Castro exemplifica dizendo que o ideal é que as perguntas sejam feitas à fonte observando uma ordem cronológica. Da mesma forma, ensina que as perguntas iniciais devem servir para criar um ambiente de confiança entre a fonte e o biógrafo, até que chega o momento em que este faz a pergunta desconcertante, aquela pergunta importante mesmo, a partir da qual tudo se desenrola. O ideal, ainda, é que se elaborem perguntas completas a partir das quais o entrevistado responda com um sim ou um não, que não se faça mais de uma pergunta por vez e que não se use gravador nas entrevistas. Tudo isso tem o único objetivo de se alcançar a verdade sobre todos os fatos da vida do biografado. Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras”, em 11 de março de 2013.

¹⁵⁵ Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras” (Rio de Janeiro), em 4 de março de 2013.

¹⁵⁶ Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras” (Rio de Janeiro), em 4 de março de 2013.

¹⁵⁷ Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras” (Rio de Janeiro), em 4 de março de 2013.

¹⁵⁸ “A lenda, por sua capacidade de provocar a cristalização da crença e organizar o domínio das representações, é por si mesma um acontecimento histórico.” DOSSE, 2009, p. 147-148.

¹⁵⁹ ANDRADE, 2013, p. 20.

¹⁶⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁶¹ O jornalista Ivan Marsiglia destaca que biografias como as escritas por Ruy Castro e Fernando Moraes, no Brasil, seriam *best-sellers* “escritos no melhor estilo do jornalismo literário”. Assim disponível em: <http://www.liberal.com.br/noticia/C56C227F08F-grandes_reportagens_de_marsiglia>. Acesso em: 20 mai. 2013.

¹⁶² MALATIAN, Teresa Maria. A biografia e a história. *Cadernos Cedem*, UNESP/Franca, vol. 1, n. 1, p. 16-31; 24-25, 2008.

¹⁶³ DOSSE, 2009, p. 39-40.

164 EDEL *apud* VILAS BOAS, 2008, p. 163-164.

165 AVELAR, 2010, p. 161. A totalização (ausência de lacunas) almejada pelo biógrafo acabará sendo preenchida pela utilização da psicologia e da imaginação ficcional (p. 167.)

166 *Ibidem*, p. 161.

167 Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras” (Rio de Janeiro), em 4 de março de 2013.

168 Ruy Castro exemplifica com o livro *Tim Maia*, escrito por Nelson Motta. O livro não é uma biografia e sim as memórias de Nelson Motta sobre o músico Tim Maia. Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras” (Rio de Janeiro), em 4 de março de 2013.

169 VILAS BOAS, 2008, p. 174.

170 XEXÉO, Artur. Um documentarista discreto. Segundo Caderno do Jornal *O Globo*, edição de 5 fev. 2014, p. 10.

171 VILAS BOAS, *op. cit.*, p. 174.

172 *Ibidem*, p. 112. Veja-se, nesse sentido, o parágrafo de abertura da introdução à biografia de Nelson Rodrigues escrita por Ruy Castro. *O anjo pornográfico*, 1992, p. 7: “Esta é uma biografia de Nelson Rodrigues, não um estudo crítico. Aqui se encontrará onde, quando, como e por que Nelson escreveu todas as suas peças, romances, contos e crônicas, mas não espere ‘análises’ ou ‘interpretações’. O que se conta em ‘O anjo pornográfico’ é a espantosa vida de um homem — um escritor a quem uma espécie de imã demoníaco (o acaso, o destino, o que for) estava sempre arrastando para uma realidade ainda mais dramática do que a que ele punha sobre o papel”.

173 VILAS BOAS, 2008, p. 11-112.

174 Em conferência de 1969, Foucault teria expressado a ideia de que existe uma “função-autor”, um ano depois de Roland Barthes ter defendido a “morte do autor” por considerar necessária uma nova abordagem das obras literárias de forma desvencilhada da pesquisa infrutífera sobre as intenções do autor. Na conferência “O que é um autor”, Foucault teria então exposto a tese de que “o autor é uma *função* que permite organizar o universo dos discursos”. Nesse período verifica-se a difusão da chamada corrente da análise estrutural das narrativas. CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2012, p. 85.

1.4 O dever do biógrafo de colocar o fato em dúvida (submetendo-o à confirmação) e as autobiografias

O dever de ofício do biógrafo compreende diferentes condutas: pesquisar, descrever, narrar, contar, escolher, entre outras. Em todos esses momentos do percurso biográfico, compete ao biógrafo pôr o fato em dúvida, com a convicção de que

tomar consciência dos limites do conhecimento é um progresso, “porque o conhecimento dos limites é sempre um progresso do conhecimento”. Portanto, as relações do biógrafo com o biografado, com o processo biográfico, consigo mesmo etc. são de natureza reflexiva também. Ele (se) interpreta e (se) compreende.¹⁷⁵

Mais do que tomar conhecimento dos limites de seu conhecimento, é preciso reconhecer as implicações da própria ação linguística, no sentido de que a narração de uma vida, “longe de vir a ‘representar’ algo já existente, *impõe sua forma (e seu sentido) à vida mesma*”.¹⁷⁶

Na mesma linha, a ação linguística atua nas autobiografias, uma vez que não há identidade possível entre autor e personagem, “não existe coincidência entre a experiência vivencial e a ‘totalidade artística’”.¹⁷⁷ Há, necessariamente, um *estranhamento* do enunciador com sua própria história, bem como, em termos de temporalidade, um desacordo entre enunciação e história, mesmo nos procedimentos de autorrepresentação.¹⁷⁸

Efetivamente, para além do nome próprio, da coincidência “empírica”, o narrador é *outro*, diferente daquele que protagonizou o que vai narrar: como se reconhecer

nessa história, assumir as faltas, se responsabilizar por essa outridade? E, ao mesmo tempo, como sustentar a permanência, o arco vivencial que vai do começo, sempre idealizado, ao presente “testemunhado”, assumindo-se sob o mesmo “eu”? [...] podemos postular, por enquanto, uma vantagem suplementar da autobiografia: para além da captura do leitor em sua rede peculiar de veridicidade, ela permite ao enunciator a confrontação rememorativa entre o que era e o que *chegou a ser*, isto é, a construção imaginária de “si mesmo como outro”.¹⁷⁹

Já se disseram, quanto às autobiografias, duas verdades não excludentes: elas servem para que o biografado possa dar, antes e melhor do que qualquer outro, sua versão sobre a própria história e, também, para que o biografado possa “editar” (conscientemente) fatos sobre os quais deseja outra representação.

Roberto Carlos, na polêmica com seu biógrafo Paulo Cesar de Araújo, teria dito, em entrevista ao programa Fantástico, reproduzida pelo biógrafo em *O réu e o rei*, que não seria contra a biografia *Roberto Carlos em detalhes* pelo fato de o escritor ter contado sobre o acidente que o vitimou na infância, mas sim pelo fato de que “Ninguém poderá contar do meu acidente melhor do que eu. Ninguém poderá dizer aquilo que aconteceu com todos os detalhes que eu posso. Porque ninguém poderá dizer o que eu senti e o que eu passei. Desculpa a rima, porque isso aí só eu sei”.¹⁸⁰

Nesse ponto merece destaque o contra-argumento lançado pelo biógrafo. Como bem aponta Paulo Cesar de Araújo, o fato de Roberto Carlos (criança) ter ficado preso embaixo de um trem, após um acidente extremamente grave, certamente o impediu de ver o que acontecia em volta, a movimentação das pessoas, o socorro. “Por isso é necessário ouvir testemunhas e diversas outras fontes quando se narra qualquer acidente ou tragédia.”¹⁸¹

Se a biografia nada mais é que “o biografado segundo o biógrafo”¹⁸², a autobiografia é a biografia segundo o próprio

biografado, o que, devido à cultura em que vivemos, confere “um argumento e uma autoridade tão fortes quanto, se não mais fortes que, o apelo à tradição, ou a prova dos ‘fatos’”.¹⁸³ É por isso que, relativamente a elas, é de certa forma legítimo o sentimento por muitos compartilhado de que há uma expectativa menos ambiciosa de verdade em seus relatos, com o que perderiam tanto o público leitor como os terceiros nela retratados. Em prefácio escrito para a autobiografia de Luiza Brunet, Fernando Henrique Cardoso acentua: “Os ídolos populares tendem a ser sublimados pelos seus fãs, e muitas vezes colaboram com esse embuste da personalidade escondendo capítulos significativos, que talvez julguem depreciadores, de seu passado”.¹⁸⁴ E segue: “Outros inventam, ou exageram fatos, alimentando os personagens que substituem a si próprios, criando ilusões para agradar a opinião pública, ou satisfazer seu ego”.¹⁸⁵

Há também outro sentido atribuído às autobiografias, já desde um século antes das *Confissões* de Rousseau, conforme relata Arfuch. Segundo a pesquisadora, a escrita autobiográfica teria sido recomendada, em 1644, a um superior do Convento das Ursulinas de Loudun justamente como tentativa de “‘cura’, exercício de autocontrole, captura no discurso desse *eu* extraviado em ‘forças obscuras’”. Na atualidade, seja em biografias escritas, seja na forma de documentário cinematográfico¹⁸⁶, este caráter parece ainda mais evidente e é reconhecido por destacados psicanalistas¹⁸⁷, como se depreende da frase de abertura do primeiro capítulo da autobiografia de Isabella Lemos de Moraes: “Remexer no que se passou não vai ser fácil, mas preciso fazer isso para seguir adiante”.¹⁸⁸

A crítica mais contundente que hoje se faz às autobiografias parte, portanto, da seguinte constatação: se por um lado é indiscutível que

a personagem se constrói (e por isso também o interesse que há sobre ela) segundo o olhar dos outros, olhar esse que cria o ícone, a figura heroica e muitas vezes desconectada de seus aspectos mais mundanos, por outro, a mesma personagem é justamente trazida à luz ao mostrá-la em sua representação mais humana, narrando-se fatos e circunstâncias por ela vividos e nem sempre louváveis. Mesmo porque biografias são, em verdade, multibiografias. No relato autobiográfico, o filtro da memória impede a objetividade, sendo ainda difícil determinar as fronteiras entre memória e imaginação, servindo as autobiografias e livros de memórias “como espelho, autoconhecimento, reinvenção e até autodefesa”.¹⁸⁹ Segundo Vilas Boas, para Vladimir Nabokov, ninguém poderia falar de si mesmo sem estar consciente da quantidade de ficção envolvida na percepção do eu.¹⁹⁰

¹⁷⁵ VILAS BOAS, 2008, p. 29.

¹⁷⁶ ARFUCH, 2010, p. 33.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 55.

¹⁷⁸ ARFUCH, 2010, p. 55.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 54-55. Em sentido semelhante, Contardo Calligaris: “Narrar-se não é diferente de inventar-se uma vida. Ou debruçar-se sobre sua intimidade não é diferente de inventar-se uma intimidade. O ato autobiográfico é constitutivo do sujeito e de seu conteúdo. Essa concepção é confirmada pelo fato de que a modernidade não para de descrever o ato autobiográfico como ato suscetível de modificar diretamente a vida do sujeito. Que essa era a ideia original da psicanálise, não há dúvida. Menos banal é constatar que essa mesma ideia continua animando uma incessante produção de atos autobiográficos”. CALLIGARIS, 1998, p. 49.

¹⁸⁰ ARAÚJO, 2014, p. 461. Entendem da mesma forma, isto é, que “A vida, e consequentemente a história da vida, concerne à pessoa, que, tendo a posse de suas narrativas, é a única que pode vivenciar a sua própria história como verdadeiramente se deu”. MULHOLLAND, Caitlin; DALSENTER, Thamís. Biografias não autorizadas: uma história a ser contada. In: FUKELMAN, Clarisse. *Eu assino embaixo*: biografia, memória e cultura. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014, p. 77.

¹⁸¹ ARAÚJO, 2014, p. 461.

¹⁸² VILAS BOAS *apud* VILAS BOAS, 2008, p. 20.

- 183 CALLIGARIS, Contardo. Verdade de autobiografias e diários íntimos. *Revista Estudos Históricos*, v. 11, n. 21, p. 44, 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2071>>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- 184 CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. In: MALIN, Laura. *Luiza Brunet: made in Brazil*. Rio de Janeiro: Sextante, 2013, p. 9.
- 185 CARDOSO, 2013, p. 9.
- 186 A exemplo de *Jogo de cena*, do cineasta Eduardo Coutinho (Brasil, 9 dez. 2007).
- 187 CALLIGARIS, 1998, p. 50.
- 188 MORAES, Isabella Lemos de. *Agora é viver: a história de uma família codependente*. Rio de Janeiro: Rocco, 2013, p. 15. Destaca-se que o prefácio da obra é escrito pelo próprio analista da autora.
- 189 VILAS BOAS, 2008, p. 40.
- 190 *Ibidem*, loc. cit.

1.5 O conceito jurídico de biografia

Examinado sob as perspectivas literária e histórica, o gênero biográfico ganha muitas luzes e poucas certezas. Biografia, autobiografia, alterobiografia, é claro o limite de umas e outras no chamado “espaço biográfico”?¹⁹¹ É possível estabelecer um significado para a verdade em cada uma delas? Questiona-se, enfim: qual o conceito (melhor dito, significado) jurídico de biografia?

A história, na qualidade de disciplina descritiva, ao lado da sociologia, da filosofia e da antropologia, por definição, só pode descrever *o que é*. As disciplinas jurídicas, ao contrário, têm por objeto os valores jurídicos e, portanto, estudam o que *deve ser*¹⁹², embora sempre levando em conta a mais ampla problemática das ciências sociais, uma vez que não se deve reconhecer, na esteira de algumas correntes formalistas, reduzido papel aos fatos e à praxe. Conforme leciona Perlingieri:

As escolas que reduzem a importância do papel da praxe estão, em diferentes graus, sob a influência do formalismo, do positivismo legislativo e da jurisprudência dos conceitos, enquanto tendem a considerar a praxe aspecto (fenomenológico) externo e estranho ao fenômeno normativo e o fato elemento ocasional e contingente na reconstrução dos institutos jurídicos, puro *noumení*. Representa-se a praxe como juridicamente não relevante, mera situação de fato conforme ou disforme ao direito, sem capacidade de incidir sobre os conteúdos e sobre a atuação dos valores e dos interesses formalmente reconhecidos e garantidos.

Consequência direta disso se percebe na modalidade de discurso utilizada por umas e outras. Nas disciplinas descritivas, a forma de

discurso será, primordialmente, a narrativa; nas jurídicas, a argumentativa. A narrativa propriamente dita não se confunde com uma simples descrição ou relação de ações ou o retrato de uma personagem por seus atos.¹⁹³ Mais do que isso, envolve a narração (ato de contar), a história (contada) e a textualização (o contando, isto é, a sua camada verbal).¹⁹⁴ No discurso argumentativo, por sua vez, parte-se de uma “questão” como ponto controverso, “resultado da expressão de pontos de vista divergentes sobre um mesmo tema. Colocar em questão é condição necessária ao desenvolvimento de uma argumentação”.¹⁹⁵

A forma do discurso¹⁹⁶, no entanto, nada tem a ver com questões metodológicas e com escolas de pensamento jurídico, a não ser quando se parte para uma análise concreta de teoria da argumentação no Direito. Nesse sentido, o discurso argumentativo terá extrema relevância na definição de seu papel, com uma valorização da razão prática no âmbito jurídico, atribuindo-se a ele ora o caráter de justificação, ora de aplicação do direito.¹⁹⁷

Allan Rocha de Souza, ao tratar do tema dos direitos culturais, já apontou a dificuldade das objetivações jurídicas quando se trata de fenômeno tão “fluido e dinâmico” como o cultural.¹⁹⁸ Ainda assim, assevera:

Na medida em que aspectos do fenômeno cultural passam a ter relevância jurídica, sendo passíveis de serem judicializados, se torna essencial estabelecer seus contornos a partir desta perspectiva, selecionando-os e especializando-os, da mesma forma que os fatos sociais são também vistos como jurídicos, alterando-se apenas o seu enfoque.¹⁹⁹

A despeito de suas múltiplas estruturas e funções nas disciplinas aqui examinadas, a partir de diferentes escolas e épocas, em sentido jurídico é preciso dar contornos, unidade (assim como aos institutos

jurídicos)²⁰⁰, a esta figura (a biografia). Mais do que dizer que há um “direito de biografar” como “direito subjetivo”, é preciso identificar o seu conteúdo, identificar quais poderes, efetivamente, o biógrafo possui.²⁰¹

Segundo uma visão que reconhece a insuficiência de definições clássicas como a de direito subjetivo como poder da vontade (Savigny e a pandectística alemã) ou de direito subjetivo como interesse juridicamente protegido (Jhering), assumindo que há uma “crise do direito subjetivo”, uma vez que um interesse tutelado pelo ordenamento não é finalizado a si mesmo (tendo em vista que as situações favoráveis não podem ser consideradas isoladamente), mais do que identificar poderes, é preciso também identificar — ao mesmo tempo — deveres, obrigações e ônus. É por essa razão que o enfoque correto é o que coloca a questão em termos de uma *situação jurídica complexa*.

Com efeito, o Direito não corresponde a um simples sistema de normas²⁰², sendo necessário qualificá-las, sociologicamente, por suas causas e sua finalidade.²⁰³ E, para tanto, faz-se importante seu exame tanto estrutural quanto funcional, não devendo, no entanto, o instrumentário conceitual, como já se apontou, “ser colocado como obstáculo à inteligência do caso concreto, nem deve contribuir para sacrificar as particularidades subjetivas, ambientais, qualitativas do fato”.²⁰⁴ Devem ser afastados, nesse sentido, tanto o conceitualismo²⁰⁵ como o realismo jurídico²⁰⁶, na medida em que o primeiro restringe a apreensão da realidade, ao passo que o segundo aniquila a cientificidade e a dinâmica do ordenamento na sua unidade em nome de uma concepção instrumental de direito.²⁰⁷

191 O espaço biográfico — sem que entremos em discussões mais aprofundadas no terreno da linguística acerca das variantes conceituais de seus autores, para o que remetemos o

leitor à obra de Leonor Arfuch. *O espaço biográfico: dilemas da subjetividade contemporânea* — seria este conjunto de textos que observam a forma da “narração inveterada de vidas”. ARFUCH, 2010, p. 22. Ou como explica ainda Arfuch em outra passagem: “A multiplicidade das formas que integram o espaço biográfico oferece um traço comum: elas *contam*, de diferentes modos, uma história ou experiência de vida. Inscrevem-se assim, para além do gênero em questão, numa das grandes divisões do discurso, a *narrativa* [...]” (*Ibidem*, p. 111). Neste estudo, a expressão será usada para referir, indistintamente, biografias, autobiografias ou mesmo relatos menos detalhados e analíticos de uma vida, como os perfis e outras formas de narrativa curta.

¹⁹² HESPANHA, 2007, p. 319.

¹⁹³ CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2012, p. 342.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 342-343.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 415.

¹⁹⁶ No tocante à “forma do discurso”, pode-se tratar, ainda, em termos de *discurso teórico* e *discurso prático*, ambos presentes no discurso jurídico. O discurso teórico problematizaria a validade de uma afirmação sobre fatos, ao passo que o discurso prático problematiza a justeza de uma norma ou sistema normativo. Para Habermas, o discurso prático — de justiça normativa — dependeria de um processo argumentativo (“dialógico”), racional e democrático, que envolveria a todos. A validação do discurso seria alcançada pela “razão comunicativa”, isto é, na “competência argumentativa dos integrantes da ‘situação dialógica ideal’ e motivação de todos os envolvidos em alcançar o entendimento”. ROCHA, Fernando Antônio Dusi. *O problema da verdade: literatura e direito*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2010, p. 77. Voltaremos a essa questão quando da análise do art. 20 do CCb e o processo de modificação legislativa em curso no Brasil nos anos de 2013-2015 em torno do PL 393/2011.

¹⁹⁷ Para uma análise mais detalhada dos discursos argumentativos de justificação e de aplicação remetemos à obra de Klaus Günther, a qual servirá de base teórica para algumas das análises feitas no capítulo 2. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. 2. ed. Trad. Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011, *passim*.

¹⁹⁸ ROCHA, 2010, p. 43.

¹⁹⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁰⁰ PERLINGIERI, 2008, p. 148.

²⁰¹ Fez-se aqui uma construção em cima do exemplo dado por Perlingieri sobre o direito de propriedade. *Ibidem*, p. 142.

²⁰² Leia-se aqui norma em seu sentido mais amplo: normas que definem um dever-ser, a exemplo do art. 927 do CCb, normas conceituais, a exemplo do art. 186 do CCb, “normas-princípios”, a exemplo do art. 422 do CCb etc.

²⁰³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, nota prévia de Edvaldo Brito, p. XI.

²⁰⁴ PERLINGIERI, 2008, p. 102.

²⁰⁵ SATTA *apud* PERLINGIERI, 2008, p. 97: “O Conceitualismo não é o conceito, mas a

negação do conceito: o conceito que não prende ou não compreende a realidade, a experiência, mas compreende somente a si mesmo, isto é, ele mesmo se põe como realidade, aliás, a única realidade existente, de modo que tudo o que acontece deve ser adequado àquela realidade”.

206 “Realismo jurídico (ou jurisprudência sociológica) hoje revivida no chamado pragmatismo jurídico, o qual possui três características fundamentais: contextualismo, consequencialismo e antifundacionalismo. O contextualismo significa que toda decisão deve levar em conta as necessidades humanas e sociais; o consequencialismo, que toda decisão antecipe as consequências e resultados possíveis, de modo a afastar os mais prejudiciais. Por fim, o antifundacionalismo consiste na rejeição de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas.” POGREBINSCHI, Thamy. *O que é o pragmatismo jurídico?* Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2014.

207 PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 103.

1.5.1 Elementos estruturais

Em termos de *estrutura*, a *verdade* aparece como elemento central do conceito, já referida neste estudo. Ela funciona como um primeiro filtro de controle, a despeito dos inafastáveis problemas que giram em torno do que seja a verdade.²⁰⁸

Como bem pontua Sergio Vilas Boas:

Há muitas lacunas entre a realidade, a experiência e a expressão. Textos narrativos costumam ser interpretados como evidência documental sobre certas situações reais. Mas esses textos não são essas experiências. São alguma outra coisa, e essa coisa não é o que esses textos passam a ser. Qualquer realidade só pode ser obtida quando conseguimos elevá-la a um patamar superior a ela própria, examinando-a sob um quadro amplo de referências.²⁰⁹

Verdade, realidade, experiência, expressão. Termos que designam sentidos aproximados, mas não similares. É essa união de sentidos que vai dar forma à verdade biográfica, esse “gênero impuro”²¹⁰, “que depende ao mesmo tempo da dimensão histórica e da dimensão ficcional”.²¹¹

A natureza do trabalho do biógrafo pressupõe um método, que passa por técnicas apropriadas de entrevista e de análise documental, embora o texto final a ser produzido possa ser denominado de analítico e não meramente documentário. Aqui, a verdade biográfica adquire contornos mais claros, uma vez que é enriquecida pelo ato interpretativo, que, embora arbitrário, não deve se prestar a manipulações. “A interpretação cria as condições para a compreensão que envolve ser capaz de manejar os significados de uma experiência interpretada em nome de um indivíduo (um ‘outro’).”²¹²

É dessa “verdade” que a biografia trata. Uma verdade interpretada, contextualizada, que melhor se afirma pelo seu oposto do que pelo seu conceito. Verdade como contrário à ficção, à criação, à invencionice. Daí porque afirmamos que, em uma biografia, a verdade (ou a ausência de falsidades) deve ser o primeiro requisito.²¹³

Não se desconhece, no entanto, que também entre verdade e mentira há uma zona preenchida pelo desconhecido. Um fato, um acontecimento, pode não ser verdade no sentido estrito (isto é, não haver demonstração de que tenha efetivamente ocorrido) e tampouco constituir uma criação do autor. É também por essa razão que se deve acrescentar à ideia de verdade no conceito ora em construção a de versão.

Assim, uma biografia deve ser uma versão não ficcional da vida do biografado. Em última análise, ela é uma representação da figura que se observa, com olhos de pesquisador, mas que, inescapavelmente, o biógrafo traz dentro de si, a fim de encontrar uma versão que possa corresponder com alguma verdade do próprio biografado. E o modelo de discurso do qual se utilizará para contar sua versão será o narrativo. Nas palavras de Arfuch:

Enquanto dimensão configurativa, a narrativa, que “outorga forma ao que é informe”, adquire relevância filosófica ao postular uma relação possível entre o tempo do mundo da vida, o tempo do relato e o tempo da leitura.

Relação de não coincidência, distância irreduzível que vai do relato ao acontecimento vivencial, mas, simultaneamente, uma comprovação radical e, num certo sentido, paradoxal: *o tempo mesmo se torna humano na medida em que é articulado sobre um modo narrativo*. Falar do relato, então, dessa perspectiva, não remete apenas a uma disposição de acontecimentos — históricos ou ficcionais — numa ordem sequencial, a uma exercitação mimética daquilo que constituiria primariamente o registro da ação humana, com suas lógicas, personagens, tensões e alternativas, mas à *forma por excelência de estruturação da vida* e,

consequentemente, da identidade, à hipótese de que existe, entre a atividade de contar uma história e o caráter temporal da experiência humana, uma correlação que não é puramente acidental, mas que apresenta uma forma de necessidade “transcultural”.²¹⁴

Não se entende aqui possível, nem a partir de um conceito linguístico, nem jurídico, abrir-se caminho para a verossimilhança como elemento estrutural, como talvez se pudesse pensar em razão da carga de verdade que o conceito carrega. A verossimilhança, entendida como “qualidade do que é verossímil”, isto é, “semelhante à verdade; que tem a aparência de verdade; que não repugna à verdade; provável”²¹⁵, encontra-se a alguma distância da verdade biográfica e da ideia de versão acima referidas.

No terreno jurídico, o ceticismo próprio de alguns importantes processualistas, que traduzem entendimentos como “o conhecimento efetivo da realidade histórica através do processo não é possível ao homem”²¹⁶, asseverando uma quase impossível apreensão da realidade histórica pelo magistrado — que também será instado a se manifestar sobre ela no caso das biografias — não equivale à “relativização” da verdade que acima se defendeu como própria dos registros biográficos. Assim, ainda que possível — no processo civil especialmente — o uso da verossimilhança como elemento apto a um juízo de verdade, mesmo porque difícil se mostra, muitas vezes, alcançar-se a “verdade”, tendo em vista todo um sistema de presunções, prazos para alegações, limitações probatórias etc., esta não se mostraria apta, na mesma medida, a substituir os conceitos de verdade e versão na narrativa de vidas.

No processo civil, autores como Piero Calamandrei propõem esta substituição: *verdade* por *verossimilhança*, partindo esta da noção de *máximas de experiência*.²¹⁷ Pensar o mesmo para a verdade

biográfica é desconsiderar as diferenças que separam a tomada de decisão no âmbito processual e a tomada de decisão no percurso biográfico (que tampouco se mostra a mesma daquela empreendida na busca pela informação jornalística).²¹⁸ Naquele, não é dado ao magistrado deixar de decidir a causa, devendo estabelecer, obrigatoriamente, a “verdade do processo”.

De outra parte, no caminho que leva à construção de uma obra biográfica, a todo instante o autor/pesquisador se depara com dúvidas a respeito das quais ele pode seguir algum destes caminhos, não sendo nenhum deles imposto *a priori*: 1. seguir pesquisando em outras fontes; 2. desconsiderar o aludido episódio/fato de seu relato final; 3. publicar, porque “verossímil”. Com efeito, embora o verossímil *possa* (e com alguma *probabilidade*) ser “verdade” (a verossimilhança está no espectro da ideia de possibilidade)²¹⁹, a aceitação como verossímil daquilo que *parece* ser verdade não é legítima, frente às consequências impostas ao biografado e também à sociedade, a sua publicação, mormente se considerarmos a desnecessidade de que, na hipótese concreta, o episódio/fato em questão seja contado.²²⁰

Considerando que o objeto biográfico somente existe depois que alguém lhe dá significado, considera-se também como elemento estrutural a *autoria externa*. Uma biografia é, portanto, “construída” por um outro, o biógrafo, em um trabalho que requer dedicação e tempo para ser finalizado. E, muitas vezes ainda, o dispêndio de significativas quantias, como nas grandes biografias.²²¹ Nesse ponto reside a razão da forte discordância com a tese, relativamente comum no debate público, de que o biógrafo deveria participar ao biografado parte de seus lucros com a venda da obra publicada, uma vez que fez uso da imagem e da “história” do biografado. Tal

entendimento desconsidera o fato de que por trás desse “uso da imagem e da história” há um trabalho de pesquisa, de escrita e de edição que justifica os ganhos obtidos.

Nesse passo, o *elemento autoral* ingressa na construção biográfica e traz, para o conceito jurídico em projeção, outras questões relevantes, como a liberdade artística e as garantias consagradas ao autor. Embora não seja este o nosso foco, isto é, que direitos são reconhecidos ao autor e qual sua respectiva extensão, é indiscutível que o elemento autoral legitima a escrita biográfica em relação não só ao biografado e seus direitos, mas especialmente em relação aos direitos dos herdeiros.

Critica-se, com base na premissa acima referida, o teor da decisão proferida no caso da biografia do ex-jogador de futebol Garrincha. Após 11 anos de luta judicial, a editora foi condenada ao pagamento de danos morais e materiais aos autores da ação e, frise-se, ao pagamento de percentual de 5% do preço de capa de cada livro vendido. Uma condenação nesse sentido desconsidera por completo o exame das biografias do ponto de vista do autor e da editora, como trabalho intelectual importante (cultural e historicamente), que demanda longa pesquisa, apurada técnica, esforço de escrita e investimento monetário.²²² A decisão resume tudo isso e ignora tal aspecto, assim referindo:

Há um último aspecto a ser destacado. Garrincha morreu pobre, nada deixou de herança à sua numerosa prole, a não ser seu nome, a sua lembrança, a sua imagem. Além do aspecto moral até aqui ressaltado, essa imagem, se tem algum valor econômico, pertence aos seus herdeiros, cabendo a eles, e só a eles, o direito de explorá-la. Entender de outra forma é admitir a apropriação indébita desse patrimônio dos herdeiros de Garrincha.²²³

Por fim, o voto do relator (reprodução do voto do Des. Sérgio Cavaliere Filho no Agravo Regimental interposto contra a liminar no mandado de segurança que concedeu a busca e apreensão dos exemplares disponíveis ao público) pontuou que “é forçoso concluir que terceiros não podem se apropriar desses direitos e publicar obra biográfica de pessoa já falecida sem a autorização dos herdeiros, por mais erudita que seja a obra e nobres os seus propósitos”. E ainda:

A prévia autorização é um mecanismo protetor e permite garantir aos herdeiros a justa remuneração do correspondente uso da imagem e da exploração comercial da obra de biografia, evitando que terceiros sem título jurídico algum obtenham ganhos remuneratórios.

Outro elemento estrutural de uma biografia é a *individualidade*, porquanto é sobre uma determinada vida que se tratará nas páginas a ela dedicadas. São as identidades individuais e não as coletivas o seu objeto de interesse e estudo. Individual não apenas em sentido contraposto a coletivo, mas também no sentido de completude.²²⁴ O indivíduo em sua máxima potência, como sujeito protagonista de uma vida e de uma obra²²⁵, que não estão em relação funcional de causa e efeito, mas sim em uma “relação reflexiva”.²²⁶

A noção de vida de que se trata aqui é a mais ampla possível, o que não impede que recortes sejam propostos pelo biógrafo. Esse recorte, que colocará em foco determinado aspecto da vida do biografado, deve ser justificável, como em *A vida privada de Stálin*, obra na qual a historiadora francesa Lilly Marcou busca mostrar que, por trás do político responsável pela morte de milhões de pessoas, havia um homem dedicado à família e generoso (imagem dificilmente associada a Stálin).²²⁷ Por outro lado não se mostra legítimo, a princípio, o recorte de temas ligados muito fortemente à privacidade, como “A vida sexual de X” ou “Uma biografia sobre os amores de Y”.

Tal não significa, no entanto, que temas de marcada conotação privada possam ser afastados de uma biografia que se pretenda, em sentido inverso, completa. Entra em discussão nesse ponto a questão da *pertinência* da informação divulgada, que em um relato que se pretenda completo não se mostra relevante a ponto de constituir elemento do conceito ou critério de merecimento (para afastamento) de tutela da obra, desde que contextualizada a informação supostamente não pertinente.²²⁸

Exemplo disso pode ser dado com a biografia do cantor Roberto Carlos publicada pela editora Planeta e atualmente fora de circulação em razão de acordo judicial. Razão parece assistir o biógrafo quando afirma que, “entre ser escancarado como Tim Maia e reservado como João Gilberto ou Chico Buarque, vai uma grande distância, e no meio-termo dessa escala gradativa situo Roberto Carlos”. Isso porque, “nos discos e no palco, Roberto Carlos sempre dividiu com o público seus dramas, alegrias, dores e amores”. E é justamente por isso que conclui: “não é possível falar da música de Roberto Carlos sem abordar sua vida pessoal, elas estão entrelaçadas”.²²⁹

Na biografia de Stefan Zweig sobre Maria Antonieta, o sumário é dividido em capítulos como “Segredo de alcova” e “Retrato de um casal régio”. O próprio biógrafo, à altura da página 39, põe (e responde) a seguinte questão para os leitores:

Não teria sido possível (pergunta-se talvez algum espírito sensível) deixar de mencionar esse melindroso e sagrado segredo de alcova? Não teria sido suficiente dissimular o fracasso real, até mesmo ocultá-lo, esquivar-se com timidez da tragédia do leito conjugal e, quando muito, veladamente, à boca pequena, mencionar a “maternidade não alcançada”? Seria realmente imprescindível a ênfase de tais pormenores íntimos para uma descrição de caráter? Na verdade, ela é imprescindível, pois todas as tensões, sujeições, obrigações e hostilidades que vão surgindo aos poucos entre o rei e a rainha, entre os pretendentes ao trono e a corte,

alcançando proporções que influenciam a história, tornam-se incompreensíveis caso não se investigue diretamente sua origem. Consequências historicamente muito mais importantes do que se quer admitir originaram-se nas alcovas reais e sob os baldaquins dos leitos conjugais; em nenhum outro caso, o elo entre o motivo particular e seu efeito histórico-político evidencia-se de maneira tão drástica quanto nessa tragicomédia íntima, e qualquer descrição de caráter se tornaria desonesta caso ocultasse um segredo que a própria Maria Antonieta denominou *article essentiel*, o cerne de suas preocupações e aspirações.²³⁰

Tomando como premissa que a pesquisa biográfica se insere na pesquisa histórica, tem-se que as imposições da produção acadêmica também são exigidas como fundamentais para a proteção e a promoção desta figura jurídica. Dessa forma, o último elemento a apresentar é a *vedação ao anonimato das fontes*, que, portanto, devem ser abertas para que a versão apresentada pelo biógrafo possa ser, mais eficazmente, contestada e afastada a qualquer tempo.

²⁰⁸ Michel Foucault, em *A verdade e as formas jurídicas*, conjunto de conferências proferidas na PUC-Rio no ano de 1973 e transformadas em livro, propõe a hipótese de que haveria duas histórias da verdade, uma interna e outra externa. A primeira é “a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências”. A externa, por sua vez, parte da constatação de que há vários outros lugares onde a verdade se forma na sociedade, a partir de regras de jogo segundo as quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 11.

²⁰⁹ VILAS BOAS, 2008, p. 164-165.

²¹⁰ DOSSE, 2009, p. 55.

²¹¹ *Ibidem*, loc. cit.

²¹² VILAS BOAS, 2008, p. 29.

²¹³ As consequências dessa ausência de verdade, no direito norte-americano, são tratadas na perspectiva da chamada *times rule*, abordada no capítulo 2.

²¹⁴ ARFUCH, 2010, p. 112.

²¹⁵ MODERNO DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=biografia>>. Acesso em: 8 mar. 2014.

216 REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 191. Em sentido diverso, dentre outros, afirma Michele Taruffo que a busca da verdade mostra-se teoricamente possível, possibilitando ao processo servir de meio para a produção de decisões justas. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 10 *apud* GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista eletrônica de Direito Processual*, a. 3, v. IV, p. 6, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf>. Acesso em: 18 set. 2014.

217 CALAMANDREI *apud* REICHELT, 2009, p. 192.

218 Para Luís Roberto Barroso, a informação jornalística é “marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade”. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 85. E não poderia ser diferente, considerando o dinamismo que cerca a atividade jornalística, como bem apontou também Rebeca Garcia, que, ao buscar delimitar o que se designa por “biografia”, assim referiu: “A preocupação não é meramente etimológica. Mais que mero gênero literário, as biografias constituem ‘gênero jornalístico — reportagem vital, humana’. Não devem, contudo, ser entendidas como sinônimo de ‘notícia’, ou ‘fato noticioso’, como aqueles diuturnamente publicados pela imprensa, e que, devido mesmo ao formato e ao maior dinamismo que envolve a atuação jornalística tradicional, em geral sujeitam-se a controles, por parte da imprensa, menos rigorosos”. GARCIA, Rebeca. Biografias não autorizadas: liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada. *Revista de Direito Privado*, v. 52, p. 40, out./dez. 2012.

219 CALAMANDREI *apud* REICHELT, 2009, p. 193.

220 Por outro lado, considerando os *paradoxos do verossímil*, explicam Charaudeau e Maingueneau: “Os cálculos que contemplam ao mesmo tempo o provável humano e o conhecimento que se pode ter, podem levar ao surgimento de paradoxos do tipo ‘a lebre e a tartaruga’, já sublinhado pelos sofistas: (1) uma atriz não assassina seu genro às vésperas de uma estreia (probabilidade de primeiro nível); (2) mas, como a futura assassina sabe, em virtude de (1), que ninguém suspeitará dela, se assassinar seu genro às vésperas de uma estreia então... (3) ela assassina seu genro às vésperas de uma estreia (probabilidade de segundo nível)... etc.” (2012, p. 494). Nesse sentido, defende-se que “a verdade pode não ser verossímil”. BOILEAU, *Art poétique*: 3, 48 *apud* CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, *op.cit.*, p. 494), mas não se pode, todavia, *tomar por verdade* o que seja, apenas e tão somente, verossímil.

221 Segundo matéria publicada no jornal *O Globo*, de 18 de janeiro de 2014, a biografia do autor de *O apanhador no campo de centeio*, escrita por Shane Salerno (em parceria com David Shields), teria custado US\$ 2 milhões ao pesquisador. Capa do Segundo Caderno do jornal *O Globo*, p. 01.

222 Em *O réu e o rei: minha história com Roberto Carlos, em detalhes*, Paulo Cesar de Araújo detalha o caminho percorrido desde a escolha do biografado, seu objeto de estudo,

até os “bastidores da pesquisa”. Destacam-se, aqui, as páginas 103-107, em que o autor fundamenta o porquê da escolha de Roberto Carlos como biografado, bem como os capítulos 3 e 4, em que o escritor revela como se deu a reunião do material, tanto no que se refere à pesquisa documental realizada quanto em relação às entrevistas com os artistas, produtores e demais personagens. ARAÚJO, Paulo Cesar de. *O réu e o rei: minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

223 STJ. REsp 521.697/RJ. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16 fev. 2006.

224 Para uma noção real do que se quer dizer por completude, evitando-se qualquer confusão interpretativa, veja-se ainda a subseção 3.3.2: “A história em movimento: não existe biografia definitiva”.

225 Sergio Vilas Boas coloca a seguinte ponderação: “Devemos perguntar, como o fez Michel Foucault, por que apenas uma parcela da experiência humana é considerada obra de arte e não a vida como um todo? É uma questão para ecoar e tocar não a nossa razão, mas o nosso coração, primeiramente. Refletir sobre uma vida vivida ou parcialmente vivida (trajetórias talvez menos incertas do que o ‘devir’) pode ajudar a compreender os estados e as motivações do sujeito que é obra e da obra que é sujeito. Motivações, aliás, compõem a vida, e esta transcende. Mas a ideia de vida precisa ser ampliada. [...] Em relação à vida do pintor Paul Cézanne, Merleau-Ponty escreveu que acreditamos que Cézanne trazia em germe a sua obra porque conhecemos a sua obra antes e vemos através dela as circunstâncias da vida, Merleau-Ponty não defende que a vida ‘explica’ a obra, embora estejam ligadas, mas sugere que a obra a ser feita exigiu de Cézanne uma certa vida, e vice-versa. Com um olhar retrospectivo, talvez encontremos alguns prenúncios” (VILAS BOAS, 2008, p. 28-29).

226 *Ibidem*, p. 28. O perigo de uma tal interpretação causal também é apontado por Antonio Candido, segundo Vilas Boas (2008, p. 111-112).

227 MARCOU, Lilly. *A vida privada de Stálin*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

228 Por essa razão não partimos da premissa de que é necessário ou mesmo importante estabelecerem-se, *a priori*, quais informações são permitidas e quais são proibidas no discurso biográfico, afirmando a existência de um discurso protegido ou não protegido pelo ordenamento jurídico a partir de seu conteúdo.

229 ARAÚJO, 2014, p. 247.

230 ZWEIG, Stefan. *Maria Antonieta: retrato de uma mulher comum*. Trad. Irene Aron. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 39. Zweig aponta, na sequência, que, à diferença do que ocorria nos séculos anteriores, no século 19, “com sua doentia falsa moral em assuntos sexuais”, as questões sexuais de reis e rainhas eram um assunto privado e não de Estado, a despeito de envolverem a sucessão ao trono (p. 40).

1.5.2 Da estrutura à função

Para além da estrutura, institutos, categorias e figuras jurídicas possuem também função. A tarefa do hermeneuta contemporâneo está em desvendar qual a função (ou as funções) de dado *objeto* no todo do ordenamento jurídico. Se o próprio direito deixa de ser abordado apenas em termos de estrutura (abordagem estática), na forma do pensamento kelsiano (“estruturalismo jurídico”), passando a uma concepção mais sociológica, com autores como Jhering, também seus componentes devem seguir a mesma lógica (abordagem dinâmica).²³¹

A afirmativa genérica segundo a qual o Direito deve ser pensado em termos de função, no entanto, não basta. Isso porque as funções protetora e repressora do Direito já são reconhecidas há algum tempo na ciência jurídica, com o desenvolvimento das categorias da licitude e da ilicitude. É pelo reconhecimento de sua sobreposição, bem como pelo acréscimo de uma “nova” função, promocional, que a imagem tradicional do direito será revista, por meio de “técnicas de encorajamento”²³², que agregam ao papel tutelar do Estado (garantidor) o de promotor de circunstâncias de melhoria das condições de vida e de desenvolvimento de seus cidadãos.

A técnica do encorajamento, segundo Bobbio:

visa não apenas a tutelar, mas também a provocar o exercício dos atos conformes, desequilibrando, no caso de atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade de não fazer, tornando os atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes. Quanto aos atos desviantes, essa técnica considera — atribuindo-lhes determinadas consequências — os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes, enquanto se torna cada vez mais tolerante em relação a certos atos desviantes por defeito. A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do

sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo — mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas — para um controle ativo — preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas.²³³

É nessa direção funcionalista — que se preocupa mais em saber para que o direito (instituto, figura jurídica etc.) serve²³⁴ do que, como tradicionalmente se fazia, como o direito (instituto, figura jurídica etc.) é feito — que caminham os estudos mais modernos de teoria do direito, na esteira do que fazem os cientistas sociais.²³⁵ As definições formais, como as propostas por Kelsen, embora tenham trazido maior segurança ao direito, a partir de uma concepção do ordenamento jurídico com função coativa, não alcançam “promover a adequação da teoria do direito às transformações em curso nos ordenamentos jurídicos das sociedades economicamente mais avançadas, que é desejada pela maioria”.²³⁶

É partindo desta premissa, de que uma função promocional do direito é desejada — a despeito de alguma crítica que possa ser a ela dirigida²³⁷ —, que se constrói o caminho da funcionalização de seus institutos, que não servem apenas a reprimir e orientar condutas, mas sim a funções de caráter propositivo, no sentido de impulsionar, mais do que a paz social, a construção de uma sociedade democrática e solidária, levando à realização da plena dignidade da pessoa humana. Na hipótese deste trabalho, no que toca à construção do conceito jurídico de biografia, a análise funcional parte da afirmação de que toda biografia deve ter por fim promover valores sociais como a cultura e a preservação da memória (e a própria liberdade de expressão, em suas diversas formas: do pensamento, artística, científica etc.).

Embora seja possível afirmar que todo interesse jurídico, por essência, *contenha* em alguma medida interesse social, porquanto é juridicamente tutelado por um determinado corpo de normas editadas para uma sociedade, isso não significa que todo interesse jurídico seja de interesse social (no sentido de ter, diretamente, uma *função social*). Há interesses que são, primordialmente, individuais, nos quais não se discute propriamente uma função social, embora sempre se deva extrair seu perfil funcional²³⁸ para fins de análise do merecimento de tutela dos atos praticados sob sua autoridade. No caso das biografias há verdadeiro interesse social, não sendo o ganho econômico da editora e do biógrafo suficiente para afastar a sua preponderância, daí podendo-se falar, por consequência, em uma função social das biografias, ao que voltaremos na subseção 3.5.2.

Considerando as análises acima, com destaque para o fato de que tanto a análise estrutural como a funcional, “as quais devem ser continuamente alimentadas e avançar lado a lado, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira”²³⁹, defende-se o seguinte conceito de biografia: toda narrativa longa sobre a vida de alguém contada por outrem²⁴⁰, a partir de dados coletados de fontes não anônimas,²⁴¹ que resulta em uma versão dentre várias possíveis, com a finalidade de promover valores sociais como a cultura e a preservação da memória.²⁴²

Em um primeiro momento, pode-se questionar no conceito proposto uma eventual funcionalização da história de vida do sujeito (e nesse sentido a funcionalização do próprio sujeito) a fins sociais (valores sociais). Não é isso, todavia, o que se defende.

De fato, considerando-se a pessoa humana *a medida de todas as coisas*, no sentido de que ela é, em sua dignidade, a *ratio* jurídica de

todo e qualquer direito subjetivo (privado ou público), fundamental ou não, inclusive os direitos da personalidade, afirmando-se, a partir daí, que a cláusula geral de tutela da pessoa (na Constituição Federal brasileira positivada em seu art. 1º, III) visa protegê-la, amplamente, em toda e qualquer situação jurídica subjetiva (direito subjetivo, direito potestativo, interesse, obrigação, ônus etc.), ativa ou passiva²⁴³, funcionalizá-la, mesmo em razão de valores sociais, não seria conforme uma construção teórica e legislativa que coloca a pessoa humana no topo dos valores protegidos pelo Estado Democrático brasileiro.

Nesse sentido, quando se afirma que são os valores sociais da cultura e da preservação da memória que conduzem o conceito de biografia para os fins jurídicos aqui examinados, quer-se com eles indicar, em última análise, valores individuais (pessoais, humanos) de liberdade e de solidariedade social, presentes, enquanto subprincípios, na própria noção de dignidade da pessoa humana da forma como construída por Maria Celina Bodin de Moraes.²⁴⁴ Isso porque os bens culturais e a história vivida fazem parte da formação de cada um de nós e apenas por meio delas nos tornamos seres livres, tanto pelo que criamos, pensamos, expressamos, quanto pelo que tomamos conhecimento. A liberdade individual passa por esse processo de apropriação dos elementos culturais e históricos de nosso passado e presente, que em seu conjunto atuam de modo a permitir o mais pleno e livre desenvolvimento de cada (e de toda) personalidade.

Ainda que o recurso às definições legislativas seja, “em muitas hipóteses, insubstituível e, quase sempre, útil porque contribui a reduzir as margens de discricionariedade interpretativa”²⁴⁵, não parece ser indicado, no entanto, uma conceituação legal de

“biografia”, reservando-se à doutrina, por ora, essa tarefa.²⁴⁶ O debate em torno do valor das definições legislativas é sublinhado por Perlingieri:

Quando uma lei dita definições para termos utilizados na mesma lei, ou em outras fontes, pergunta-se se a definição é, como as outras normas, vinculante para o intérprete. O ensino tradicional contestava, com poucas exceções, que o legislador pudesse inserir definições de qualquer tipo nos textos de lei, admitindo que fosse subtraída à sua esfera de competência a atividade de interpretação e de sistematização do direito, reservada exclusivamente à doutrina. As definições, em tal perspectiva, são ou supérfluas ou podem levar a um engano e, se em contraste com a disciplina estabelecida pelas normas propriamente ditas, não devem ser observadas porque não vinculantes para o intérprete.

Todavia, as normas jurídicas não se subtraem às regras de natureza convencional que presidem todos os tipos de linguagem; de forma que as definições são não apenas oportunas, mas necessárias, e não só para exprimir, em conformidade com a lógica aristotélica, o real conteúdo que a palavra definida encerra em si, mas para indicar simplesmente o conjunto das regras (constitutivas) que estabelecem o uso da palavra correspondente.²⁴⁷

Provavelmente em um momento futuro, quando as reflexões doutrinárias sobre o espaço biográfico estejam mais consolidadas, a partir da construção de *consensos políticos e sociais*, como defende Habermas, incluindo no debate jurídico, de modo mais profundo, outras formas de escrita como as obras memorialísticas, as autobiografias, os perfis etc., possa chegar o momento de repensar a utilidade de uma enunciação legislativa.²⁴⁸

²³¹ Na apresentação à edição brasileira de *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, de Norberto Bobbio, Celso Lafer lembra que Bobbio apontava Tulio Ascarelli como o jurista que inaugura, na Itália, a perspectiva do funcionalismo jurídico, contrapondo ao conceitualismo o emprego instrumental das categorias jurídicas, realçando a importância do estudo do ambiente social para uma melhor compreensão de um instituto jurídico no âmbito do realismo e destacando a relatividade histórica das

valorações. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri/SP: Manole, 2007, p. LVI.

232 *Ibidem*, p. 13.

233 BOBBIO, 2007, p. 14-15.

234 Conforme define Gustavo Tepedino, “o recurso à função revela o mecanismo dinâmico de vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, das situações subjetivas e de todas as relações jurídicas, aos valores sociais consagrados pelo ordenamento a partir de seu vértice hierárquico, o texto constitucional”. TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Org.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p. 261.

235 BOBBIO, *op. cit.*, p. 53.

236 *Ibidem*, p. 73.

237 Eugênio Facchini Neto aponta a crítica feita por Richard Posner em *The Federal Courts*: “Aplicando a metodologia da análise econômica do direito à atividade jurisdicional, Richard Posner se preocupa com o impacto que a implementação da função promocional do direito (ainda que essa expressão não venha por ele utilizada), através do poder judiciário, pode haver no sistema. O seu raciocínio é no sentido que, mantendo-se constante a ‘oferta’ de prestação jurisdicional (considerando-se que normalmente os sistemas judiciários funcionam em sua plena capacidade operativa), o aumento da ‘demanda’ de serviços jurisdicionais destinados à implementação dos novos direitos acarretará fatalmente uma diminuição da eficiência relativamente à proteção e implementação dos antigos ‘direitos’”. FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da AJURIS*, n. 75, set. 1999. Porto Alegre: AJURIS, 1999, p. 153.

238 Conforme Pietro Perlingieri, as situações jurídicas subjetivas podem ser examinadas a partir de seus diferentes perfis, com destaque para o *perfil funcional*. Ao lado do *perfil do efeito* (toda situação é efeito de um fato); *perfil dinâmico* (toda situação pode envolver uma pluralidade de comportamentos); *perfil do exercício* (toda situação requer a manifestação de vontade de um sujeito, não necessariamente do titular do interesse, o qual pode nem existir ainda); *perfil normativo ou regulamentar* (toda situação é juridicizada por meio da atribuição de relevância jurídica); *perfil do interesse* (toda situação ou é patrimonial, ou existencial ou ambos, bem como particular ou geral); o *perfil funcional* determina que existem situações que são funções sociais (ex. propriedade pública) e outras que têm função social (ex. propriedade privada). PERLINGIERI, 2008, p. 671.

239 BOBBIO, 2007, p. 113.

240 Quanto à vedação absoluta ao anonimato, voltaremos ao tema no capítulo 2.

241 Quanto à vedação relativa ao sigilo das fontes, voltaremos ao tema no capítulo 2 e no capítulo 3, subseção 3.2.1.

242 Canotilho, Machado e Gaio Jr., em seu *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*, apontam que uma definição mais generalizada de biografia seria esta: “textos onde se pretende narrar, total ou parcialmente, com um grau razoável de sistematicidade e completude, a vida de uma pessoa, ou aspectos específicos da mesma, do ponto de vista espacial ou temporal” (p. 37-38).

243 É de se ressaltar que “a tutela e a promoção da pessoa não atuam sempre com a mesma intensidade e em virtude da mesma situação subjetiva: o mesmo interesse — pense-se no interesse à saúde, da integridade psicofísica ao serviço sanitário e à salubridade do ambiente — se realiza segundo o paradigma ora do direito subjetivo, ora do interesse legítimo”. PERLINGIERI, 2008, p. 679.

244 Completariam o rol dos subprincípios a igualdade e a integridade psicofísica. Assim em: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, esp. p. 86-106.

245 PERLINGIERI, 2008, p. 243.

246 Hespanha destaca, no pensamento de Habermas, o papel preponderante da doutrina como discurso emancipador na seguinte passagem: “As suas críticas iniciais [posteriormente revistas pela inserção de processos dialogais e participados de criar direito, como aponta Hespanha às p. 188-190] ao direito legislado — ou à actividade governamental — *apenas sublinham a sua admiração pelo direito doutrinal, jurisprudencial e compromissório*, pois o que impediria a lei de constituir um processo socialmente emancipatório era, justamente, o seu carácter unilateral, coisificador dos sujeitos, arrogante, tecnocrático, despreocupado com a obtenção de consensos políticos e sociais”. HESPANHA, 2007, p. 187, grifo nosso.

247 PERLINGIERI, 2008, p. 242-243.

248 Sobre a importância ou necessidade de uma construção legislativa para estabelecer a legalidade da própria publicação de biografias no Brasil, com a apresentação de critérios que tutelem o contravalor dos diversos direitos da personalidade potencialmente violados por essas obras, voltaremos ao tema nos capítulos seguintes, inclusive para o efeito de apontar particularidades na proteção de biografados e de terceiros mencionados no relato.

2 Liberdade de expressão e direitos da personalidade: potenciais conflitos

Não há verdade, só há percepção.

Gustave Flaubert

O direito à liberdade de expressão desperta uma série de conflitos e dilemas²⁴⁹, como as discussões em torno do discurso de ódio (*hate speech*)²⁵⁰ e do direito a um julgamento justo (o que sugere cautela nos comentários públicos sobre casos pendentes de decisão judicial). No Brasil, pune-se a conduta racista com a tipificação dos crimes de racismo e injúria racial (Lei nº 7.716/1989), tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmado, em decisão proferida no paradigmático *Caso Siegfried Ellwanger*, que envolvia as conceituações de raça e racismo para fins de tipificação do referido crime e sua consequente imprescritibilidade, não ser incondicional a garantia das liberdades de expressão e pensamento. Afirmou-se que um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, como as realizadas pelo paciente, ao publicar e também escrever, sob pseudônimo, obras de declarada conotação antissemita.²⁵¹

Já na linha de argumento em prol do direito a um julgamento justo parece ter seguido a Ministra Relatora da ADI nº 4.815/DF, Cármen

Lúcia Antunes Rocha, quando, ao determinar a realização de audiências públicas para debater o tema das biografias não autorizadas no Supremo Tribunal Federal, limitou a participação de expositores vetando aqueles que tivessem questões particulares já em trâmite na justiça, fosse na qualidade de defensores ou personagens, bem como solicitou aos expositores selecionados que não fizessem referências a casos já julgados ou em julgamento na justiça.²⁵²

O enfoque que se dará neste capítulo se limitará, por questões metodológicas, ao problema do conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade no tema das biografias não autorizadas.²⁵³

À pergunta “Por que queremos liberdade de pensamento, de expressão e de imprensa?”, o professor Zechariah Chafee Jr., que muito teria influenciado o Ministro da Suprema Corte americana Oliver Wendell Holmes Jr.²⁵⁴, que lá esteve de 1902 a 1932, respondia a partir da divisão do assunto em duas grandes categorias: 1. a do interesse individual, a partir da necessidade de muitos homens de expressar sua opinião para que a vida valha a pena ser vivida; 2. a do interesse social na obtenção da verdade.²⁵⁵ Refere Luís Roberto Barroso, nesse mesmo sentido, que há “um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo”²⁵⁶, o qual não pode ser esquecido.

Toda ampliação da liberdade é uma grande aposta de que o bom uso dela superará o mau, e mesmo os que não acreditam na bondade inata do homem deveriam apostar na liberdade, porquanto corresponde a um valor moral em si.²⁵⁷ É esse valor que nos faz refletir no sentido de que os potenciais danos dela advindos não

devem, *a priori*, servir de condutores de uma redução de seu espaço de ação, pois apenas a experiência nos mostrará quais as consequências de fato reais. Assiste razão a Hans Jonas, que, ao tratar do “bom estado”, afirma:

Em qualquer caso, um sistema liberal torna possíveis as virtudes que só florescem em um regime de liberdade e a cuja posse concedemos um valor maior, em termos gerais, do que o valor de se evitarem os vícios também determinados pela liberdade, que seria aquilo que um sistema não liberal teria a contrapor. Um elemento importante, no cômputo geral, é o fato de que a aposta na independência do julgamento já constitui uma virtude e se ajusta melhor aos homens do que a subserviência à ordem. Seria necessário reconhecermos (certamente com o preconceito ocidental ao nosso lado), que, em todos os terrenos da atividade humana, um sistema liberal, desde que ele possa se defender de seus excessos, é preferível por motivos morais a um sistema não livre, mesmo quando este último possa atender melhor, ou de forma mais segura, a muitos dos interesses importantes dos homens.²⁵⁸

A questão está em saber, justamente, como se defender desses excessos, considerando os conflitos que surgem entre a liberdade (interesse, acima de tudo, individual²⁵⁹ e que, como tal, deve ser *promovido*²⁶⁰) e os direitos da personalidade (os quais devem ser, nesse embate, *protegidos*), a despeito da estreita ligação entre ambos.

Tais conflitos, examinado por James Q. Whitman em *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*, tornam-se de mais difícil solução quanto mais se percebe que a ligação entre os valores liberdade e personalidade é de caráter relacional, vale dizer, a própria ideia de personalidade contém o valor liberdade, ao passo que também a ideia de liberdade contém a de (livre desenvolvimento da) personalidade, conduzindo, diríamos nós, ambas ao valor

máximo nas ordens constitucionais democráticas: à dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que se critica, inicialmente, a forma como o problema é posto por Whitman quando aponta as diferenças culturais e legais sobre a proteção da privacidade no Ocidente por meio dos modelos norte-americano e franco-germânico, contrapondo dignidade à liberdade. Para ele, o contraste fundamental entre os dois conceitos de privacidade reside, como já percebido por Robert Post²⁶¹, na aceitação da privacidade como um aspecto da dignidade ou da privacidade como um aspecto da liberdade.²⁶² Ainda que se possa apontar a lógica norte-americana nessa afirmação, pois, como refere o próprio autor, a liberdade lá fora construída especialmente em uma perspectiva de liberdade contra o Estado (*liberty against the state*), enquanto na Europa o que se verifica é que o “inimigo” é a mídia²⁶³, nossa perspectiva aqui é diversa e por isso nos permitimos a crítica. Com efeito, ao que nos parece, trata-se de contrapor, em última análise, liberdade *versus* privacidade (e, mais amplamente, personalidade), sem deixar de apontar que a complexidade do problema que a partir daí surge passa por reconhecer que ambos os valores (liberdade e privacidade) concretizam — e também põem em risco — a proteção da dignidade da pessoa humana.

Também é esse o pensamento de Jónatas Machado:

A liberdade de expressão em sentido amplo, como instrumento de autodefinição e autodeterminação individual, tem o seu escoramento na dignidade da pessoa humana, enquanto referida a sujeitos livres e responsáveis, dotados de competências racionais e moral-práticas insuscetíveis de instrumentalização, objetivação ou comodificação. Isto, não apenas pelos poderes públicos, mas também pelo mercado, incluindo o *mercado de ideias*. A premissa material da dignidade da pessoa humana conduz necessariamente a que a autonomia individual seja vista não num sentido

meramente descritivo, quantitativamente mensurável e comparável, mas sim como uma adscrição moral à personalidade individual. Longe de corresponder a uma concepção egoísta e individualista, a liberdade de expressão é inerentemente comunitária e contextual, assentando na procura de um justo equilíbrio as prerrogativas individuais e as necessidades da vida coletiva.²⁶⁴

Nessa linha de argumentação, refere-se ainda a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem, do substrato material da dignidade kantiana, traduzido nos postulados da igualdade, do respeito à integridade psicofísica, da autodeterminação e da solidariedade, quando aplicados à esfera do Direito, serão corolários, respectivamente, os seguintes princípios jurídicos: igualdade, integridade física e moral — psicofísica —, liberdade e solidariedade social ou familiar. E a partir daí afirma: “Estes princípios, porém, podem entrar em colisão entre si.”²⁶⁵ Neste caso, será preciso ponderar²⁶⁶, através do exame dos interesses em conflito, tais princípios em relação a seu fundamento, isto é, a própria dignidade humana.”²⁶⁷

A defesa que ora se faz de um sistema mais liberal no que toca a ideias e pensamentos não deve justificar uma liberdade irrestrita para toda forma de expressão, senão apenas na medida em que se a deduz do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica.²⁶⁸ A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, integrando o sistema constitucional de direitos fundamentais e constituindo-se em um direito multifuncional, que se desdobra em um feixe de direitos comunicativos fundamentais²⁶⁹, sendo eles: as liberdades de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação

audiovisual, de telecomunicação e de comunicação em rede; bem como as liberdades associadas às comunicativas: liberdade de profissão, livre-iniciativa econômica, liberdade de prestação de serviços e o direito de propriedade.²⁷⁰

Em memoriais apresentados na ADI 4.815, na qual também²⁷¹ atua como *amicus curiae* o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), este também referiu como fundamentos da necessidade de declaração de inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do CCb as liberdades de ensino e de educação, bem como os princípios da educação dos arts. 206 da CF/88 e 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). Segundo o Instituto, as liberdades de ensino e de educação já foram utilizadas como fundamento de decisão pelo STJ em caso no qual se discutia o direito de um dos retratados na obra *Crimes famosos*²⁷², “na qual o autor propunha uma versão para o crime da ‘Rua Cuba’, imputando a autoria de um dos crimes ao filho do casal que foi morto”. No referido acórdão²⁷³ assim constou:

A educação e ensino são regidos pelo princípio da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (art. 206, II, da CF/88 e art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional — Lei nº 9.394/96), positivamente esta que protege e garante a máxima, por todos conhecida, de que os espaços acadêmicos — e, por consequência, a literatura a estes direcionada — são ambientes propícios à liberdade de expressão e genuinamente vocacionados a pesquisas e conjecturas.

Nesse sentido, afirma o Instituto que qualquer obra séria, resultado de um trabalho comprometido, tem caráter acadêmico e, como tal, encontra amparo para sua divulgação, seja a obra destinada à formação “acadêmica do profissional do direito”, seja ela destinada à investigação sobre o patrimônio histórico e cultural brasileiro²⁷⁴, seja, ainda, destinada aos estudiosos da cultura ou da

música popular brasileira. Em todos esses casos, destaca, “o princípio afirmado pelo STJ sem dúvida seria igualmente aplicável”.

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, inc. IV, afirma como limite²⁷⁵ interno da livre manifestação do pensamento que este não venha acompanhado do anonimato. Ainda que o valor liberdade seja uma decorrência direta do princípio (valor) da dignidade da pessoa humana (um seu subprincípio)²⁷⁶, o exercício dessa liberdade obedece a alguns parâmetros, que funcionam como filtros a fim de que a liberdade seja exercida dentro das balizas constitucionais, inclusive conforme a sua função concreta: informar (uma mensagem) ou expressar (um comportamento, uma opinião, que pode ser intelectual, artística, científica etc.).

Da mesma forma, a Constituição prevê que a liberdade jornalística, porquanto amparada — em seu principal objeto, a reportagem — em um compromisso inafastável com a veracidade dos fatos (até o ponto em que é possível falar em “verdade fática”), goza da prerrogativa do chamado sigilo da fonte. Tal prerrogativa, no entanto, não se sustenta em face de todo e qualquer exercício de liberdade de expressão ou mesmo de informação, referindo, o próprio texto constitucional, ser ela assegurada “quando necessário ao exercício profissional”. Justifica-se, portanto, o sigilo quando sem ele a informação, de interesse público legítimo, pudesse não ser alcançada e divulgada, em detrimento do aprimoramento democrático individual e das instituições constituídas. Fora dessa hipótese, ou seja, quando não for necessário o sigilo para o exercício profissional, a fonte deve ser revelada.

Já aqui se destaca um importante critério, que será destrinchado no capítulo 3 (subseção 3.2.1), e se refere ao dever do biógrafo quanto ao desvelo de suas fontes. Aqui a liberdade de informar

encontra um primeiro filtro de proteção dos direitos contrapostos do biografado no dever de divulgação das fontes, filtro esse que se justifica na alta hierarquia dos direitos envolvidos: os direitos da personalidade. Por isso, defender-se-á que, em um relato biográfico, tanto o anonimato — sempre — quanto o sigilo das fontes — *a priori* — encontram-se vedados, a não ser, em relação ao sigilo, quando manifesto o caráter jornalístico da obra, ainda que a forma de divulgação dessas fontes deva levar em conta a estrutura narrativa do gênero e suas limitações práticas quanto ao modo de sua divulgação.²⁷⁷

Um direito fundamental como a liberdade de expressão, concebido como um direito abstrato (*abstract right*), pode incluir uma série de direitos específicos.²⁷⁸ Nesse sentido é que a liberdade de expressão inclui a de narrar biografias. Assim como a proteção dos direitos da personalidade compreende, entre outros, o direito à honra, à imagem e à fama. O conflito entre ambos surge do fato de que não se mostra viável a produção biográfica independente da abordagem da privacidade, da imagem, da honra e de outros aspectos da personalidade do sujeito retratado. Essa é uma premissa inafastável e que precisa ser assumida, sob pena de se inviabilizar o gênero, como pareceu ser o intuito da proposta de emenda ao então Projeto de Lei nº 393 da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Ronaldo Caiado.²⁷⁹ Pela emenda, o art. 20 passaria a contar com um § 3º, cuja redação determina:

Na hipótese do § 2º²⁸⁰, a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade poderá requerer, mediante o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas estas ao procedimento próprio.²⁸¹

O relator do PL 393 no Senado, Senador Ricardo Ferraço, apontava uma crítica importante. Dizia o parlamentar que, se por um lado o Projeto, com a emenda do Deputado Ronaldo Caiado, derrubava a censura prévia das obras biográficas, por outro ele estabelecia a “censura posterior”²⁸² ou “uma censura prévia da edição seguinte”, na medida em que, nos termos da referida emenda, a pessoa que “se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade” (mesmos termos do *caput* do artigo 20) poderá requerer a exclusão do trecho indesejado em edições futuras. Segundo matéria publicada no jornal *Folha de S.Paulo*,

Para o deputado, uma opção é aprovar o projeto no Senado, garantindo a derrubada da censura prévia e, depois disso, apresentar outro projeto aperfeiçoando o texto aprovado. Ferraço afirmou que, caso a sociedade seja a favor dessa opção — ele aceita adaptar seu parecer de modo a colher a sugestão e, mais tarde, apresentar um novo projeto de lei.²⁸³

De fato, o que significava tal emenda se não a restrição do gênero biografia, uma vez que mantinha intacto o sentido do artigo 20 do CCb, proibindo a edição de obra futura, em uma solução apenas salomônica? A primeira edição poderia agradar ao biógrafo; a segunda deveria agradar ao biografado.²⁸⁴

²⁴⁹ Em filosofia, dilemas são questões insolúveis (como a escolha de Sofia, mãe obrigada a escolher entre um de seus dois filhos, sob pena de morrerem ambos). No direito, poderíamos dizer que são como os *hard cases*, os quais não são capazes de aceitar uma única resposta como a correta, tendo-se em vista que “a *lógica jurídica* é a da escolha entre várias possibilidades *corretas*. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada. A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63.

²⁵⁰ Há quem defenda o discurso de ódio como um dos “heróis improváveis do sistema democrático”. Sua aceitação seria uma “necessidade sistêmica tão relevante quanto é a

bactéria para a sobrevivência do organismo humano”. PASKIN NETO, Max. *O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa*. Curitiba: Bonjuris, 2015, p. 28, 131-132. O mesmo autor, ainda na defesa dessa tese, sustenta que, no Brasil, o desejo de forçar uma igualdade absoluta acarreta o risco de banir a liberdade, transformando-nos em um país “tão cinza quanto a Coreia do Norte ou a antiga Alemanha Oriental” (p. 57). E, por fim, argumenta que defender o discurso odioso não é deixar de reconhecer algum nível de regulamentação ou resposta, mas que estas deveriam se restringir à sanção moral ou midiática, mas não à jurídica, legislativa ou executiva (p. 132) e que “a apologia do discurso odioso, desde que não incorra na teoria do perigo iminente, não deixa de ser uma forma de prevenção contra a reiteração dos erros da nossa história e de servir de termômetro máximo da sustentação democrática à liberdade” (p. 150).

251 HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 17/9/2003, DJ. 19/3/2004. Sobre o tema do chamado *hate speech*, veja-se, entre outros, SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do ‘hate speech’. In: __. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207-262. Ao analisar as decisões norte-americanas sobre o tema, Sarmiento aponta o assombro que cerca “não o que se disse, mas o que se calou”, já que “nenhuma atenção foi dedicada nestes julgados ao princípio da igualdade, previsto na 14ª Emenda da Constituição norte-americana, como se a questão da igualdade racial — verdadeira chaga na história daquele país — não tivesse qualquer relação com o tema. [...] Um silêncio eloquente...” (p. 217).

252 Audiência pública realizada no auditório do STF em 21 de novembro de 2013 com o objetivo de ouvir a sociedade sobre a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias no país, tema que fora abordado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, ajuizada em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), questionando o alcance da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro. Na ocasião foram ouvidos 17 expositores dos seguintes órgãos/entidades: Academia Brasileira de Letras (ABL), Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas (ABDC), União Brasileira de Escritores (UBE), Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão (ABPITV), Comissão de Direito Autoral da OAB/SP, Instituto Palavra Aberta, Câmara dos Deputados, Sindicato Interestadual da Indústria Audiovisual (SICAV), Sindicato Nacional dos Editores de Livros (SNEL), Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), Ministério da Cultura, Associação Eduardo Banks, Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional, Associação Paulista de Imprensa (API) e o biógrafo, historiador e professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) José Murilo de Carvalho. No mesmo mês (novembro de 2013), o STF disponibilizou, por meio de sua Secretaria de Documentação, material didático intitulado *Biografias não autorizadas: bibliografia, legislação e jurisprudência temática*, com o objetivo de divulgar o material existente sobre o tema para pesquisadores e interessados. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/a>

nexo/Biografias_Nao_Autorizadas___Digital.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2014.

253 Neste momento ainda introdutório, não podemos deixar de mencionar, no entanto, a importância do julgado alemão conhecido como *Caso Lüth* para todo o estudo da liberdade de expressão. Nele discutiram-se os limites da liberdade de expressão quando Veit Harlan, produtor de cinema na Alemanha nazista, responsável pelos filmes de divulgação das ideias antissemitas, antes do lançamento de seu filme *Amada imortal*, sofreu o boicote de vários judeus de destaque na sociedade tendo em vista justamente o seu passado ligado às ideias nazistas. À frente do boicote estava Eric Lüth, que, em um manifesto contra o cineasta, conclamou os “alemães decentes” a não assistirem ao filme, que acabou sendo um fracasso de público. A tese de que o boicote causara danos indenizáveis prevaleceu em todas as instâncias ordinárias, sendo revertido em favor da liberdade de expressão no TCF, em 1958, em decisão na qual foram lançadas as bases dogmáticas do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites. Ao longo dos anos, muitas análises e comentários foram realizados pela doutrina mundial acerca deste precedente, como a de Robert Alexy em: ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-40, jun. 2003.

254 O Ministro Holmes ficou conhecido por seu pragmatismo e pela frequência com que seus votos eram vencidos nos julgamentos da Suprema Corte americana. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.* Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/holmes.htm>>. Acesso em: 18 out. 2014. Seu livro *The Common Law*, de 1881, é reconhecido ainda hoje como um dos mais importantes trabalhos sobre a jurisprudência norte-americana nas grandes áreas do direito em que também o livro é dividido, incluindo o direito de danos, o direito criminal e o direito das sucessões, reconhecendo, explicitamente, os interesses de políticas públicas que os princípios jurídicos devem refletir. SCHWEICH, Thomas A. Introdução. In: HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New York: Barnes & Nobles, 2004, p. xix-xxvii, esp. p. xxv. Por fim, é dele a metáfora do *marketplace of ideas*, usada pela primeira vez em *Abrahms vs. United States* (1919). BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

255 LEWIS, 2011, p. 213-214.

256 BARROSO, 2007b, p. 86.

257 JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2006, p. 278, *passim*.

258 JONAS, 2006, p. 278-279.

259 Daniel Sarmiento aponta o intenso debate, sobretudo nos Estados Unidos, a respeito do papel preponderante da liberdade de expressão: se proteção da autonomia individual, tendo-se por referência autores como Ronald Dworkin, ou se promotora da democracia, conforme defendido por aurores como Owen Fiss. SARMENTO, Daniel. Liberdade de

expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: __. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 280.

260 Sobre a referida promoção do direito à liberdade de expressão veja-se: FISS, Owen M. A Ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, passim. A tese do autor, após passar pelo exame das teorias libertária e democrática de concepção da primeira emenda norte-americana, criticando a primeira em razão de seu “efeito silenciador” (*chilling effect* — vide exemplos da p. 47 da obra), que sufoca discursos minoritários distorcendo o processo de formação da razão pública, defende que há uma “ironia na liberdade de expressão”. Isso porque o Estado, que afirma esse direito, pode ser tanto um “amigo” quanto um “inimigo”, na medida em que ou o promove ou o sufoca, dependendo de sua maior ou menor intervenção no domínio discursivo.

261 Um terceiro conceito conectaria privacidade com a criação de conhecimento, como defendeu Jeffrey Rosen, em *The unwanted gaze: the destruction of privacy in America* (2000), de modo que a privacidade serviria para prevenir e proteger a pessoa contra a publicização de informações que poderiam gerar um erro de julgamento sobre si, porquanto não pertinente (fora de contexto), conceito com o qual Post não concorda. Para Post, o ponto relevante entre informação pertinente e não pertinente não se encontra na distinção entre informação pública e informação privada (como a vida sexual de alguém), mas na pertinência de tais informações para a deliberação pública e, fundamentalmente, que o conhecimento público não é um conhecimento íntimo, portanto efetivamente verdadeiro. Ou seja, “All public knowledge deals in stereotypes and generalizations, so that all individuals who become the subject of public knowledge risk misrepresentation. Rosen rightly express concern about this issue, but the question is how the issue relates to privacy”. POST, Robert. C. Three concepts of privacy. *Georgetown Law Journal*. Washington, DC: Georgetown University Law Center, p. 2086-2098, esp. p. 2090, jun. 2001. Disponível em: <findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200106/ai_n8995411?tag=rel.res3>. Acesso em: 10 jun. 2012.

262 WHITMAN, James Q. *The two western cultures of privacy*: dignity versus liberty, 113 Yale L.J. 1151, 1221, p. 1160-1161, 2004.

263 *Ibidem*, p. 1161-1162.

264 MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 359-360.

265 Colisões, na linha teórica de Klaus Günther, que se dão ao nível de um discurso de aplicação (e não de fundamentação ou justificação). Com efeito, a colisão é um problema de adequação, não de validade. GÜNTHER, 2011, p. 201.

266 Consoante bem sinaliza Klaus Günther: “Ponderações dependem de critérios, segundo os quais poderá ser avaliada a relativa importância das normas constituintes, ligadas entre si, para fins de uma relação complexa”. *Ibidem*, p. 195.

267 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação:

comentários ao acórdão no REsp. nº 1.021.688/RJ (Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 16/7/2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 606. Da mesma forma, veja-se ainda, de modo mais aprofundado: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade. In: _ (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

268 CANOTILHO, José J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Biografias não autorizadas versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 28.

269 Para Peter Häberle, as *liberdades de comunicação* exercem uma “função de intermediação” entre a dignidade humana e a democracia pluralista. Segundo o autor, o conceito de liberdades de comunicação deve ser o mais amplo possível, “principia com a tríade da liberdade religiosa, artística e científica, passa pela liberdade de opinião, informação, imprensa e manifestação, bem como pela liberdade de reunião, também pela liberdade de associação (sem esquecer nesse contexto a liberdade dos partidos políticos) e se estende até as formas precursoras e as instâncias precedentes das competências estatais. Do lado da estatalidade constituída, faz-se mister analisar os procedimentos e instrumentos da democracia direta (e indireta): iniciativas populares, referendos e plebiscitos, eleições (os assim chamados direitos populares na Suíça, outros direitos políticos), mas também instituições como os advogados públicos (*e.g.* na Áustria), mais genericamente os *ombudsman* (originários da Escandinávia, posteriormente também instituídos no México). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) normatiza o direito de acesso a documentos (art. II, 102). A isso devemos somar ainda os processos informais, discutidos sob o tópico ‘Estado negociador’ (‘democracia de negociação’, ‘intermediação de interesses’ (v. FS Lehmbruch, 1993))”. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista — seu nexu interno. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25. Ainda conforme o autor, “Dito de forma esquemática: nem todo o Direito emana do povo, mas todo e qualquer Direito deve ser pensado a partir da dignidade humana!” (p. 27).

270 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 28-29.

271 Além do IHGB, foram aceitos como amigos da Corte na ADI 4.815: a ONG Artigo 19 Brasil, a Academia Brasileira de Letras, a Associação Eduardo Banks e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

272 Conforme sinopse da editora, “A obra analisa eventos criminosos amplamente divulgados pela mídia impressa e televisiva, com uma visão desapassionada e imparcial, desnudando novos ângulos e novas interpretações sobre esses casos. Sua análise minuciosa nos apresenta esses acontecimentos notórios e surpreende-nos com a possibilidade de reinterpretarmos fatos arraigados em nossa mente e, por vezes, já tidos como ‘verdades incontestáveis’”. COSTA JR., Paulo José. *Crimes famosos*. Campinas: Millennium, 2002.

273 STJ. REsp nº 1.193.886/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 9/11/2010.

- 274 Segundo o IHGB, em 2003, o risco de uma obra acadêmica e histórica ser retirada do mercado se concretizou quando o livro *O Aleijadinho e sua oficina* foi (ainda que temporariamente) retirado de circulação, a pedido de um colecionador, porquanto o livro colocava em dúvida a autoria de algumas obras de Aleijadinho pertencentes à coleção do autor da ação judicial.
- 275 Tratamos aqui de *limites internos* e *limites externos* em vez da terminologia adotada por Canotilho, Machado e Gaio Jr., *limites* e *restrições*, respectivamente, significando, os primeiros, a constatação de que “os direitos transportam sempre no seu bojo protetivo os respectivos limites (mesmo imanentes)” e as restrições, que “constituem imposições externas ao âmbito de proteção, exigindo-se sempre a respectiva justificação” (2014, p. 16-17).
- 276 BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120.
- 277 Na biografia *Roberto Carlos em detalhes*, o biógrafo Paulo Cesar de Araújo contabiliza mais de oito dezenas de referências bibliográficas, entre jornais, revistas e livros, bem como aproximadamente 200 entrevistas, resultado de mais de 15 anos de pesquisa. A obra encontra-se, atualmente, proibida de ser comercializada, como se voltará a abordar ao longo deste trabalho. ARAÚJO, Paulo Cesar. *Roberto Carlos em detalhes*. São Paulo: Planeta, 2006.
- 278 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 21.
- 279 Em voto proferido na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o relator, Senador Ricardo Ferraço, assim justificou sua posição pela prejudicialidade da proposta: “Dessa forma, a histórica decisão do STF consolidou a plena liberdade de expressão como instrumento constitucional decisivo na formação da cidadania e no desenvolvimento democrático. Não podemos, nesta Casa, incorrer em retrocesso ou criar dificuldades na plena aplicação do acertado julgado da nossa Suprema Corte”. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117559>>.
- 280 “§ 2º — A ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesses da coletividade.” Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1250723&filename=SBR+1+%3D%3E+PL+393/2011>. Acesso em: 8 set. 2014.
- 281 Assim disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=491955&subst=0>. Acesso em: 8 set. 2014. Voltaremos a tratar do PL e da referida emenda no capítulo 3.
- 282 Tecnicamente, leciona Jónatas E. M. Machado, a censura prévia é a única considerada censura propriamente dita. MACHADO, 2002, p. 492.
- 283 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2014/08/1506314-para-relator-projeto-das-biografias-nao-autorizadas-cria-censura-posterior.shtml>>. Acesso

em: 8 set. 2014.

284 Voltaremos a essa questão no capítulo 3, subseção 3.6.1: “As tutelas judiciais diante de uma obra biográfica: a questão da censura”.

2.1 Liberdade de expressão *stricto sensu* e outras liberdades no contexto constitucional brasileiro

Conforme ressaltam Canotilho, Machado e Gaio Jr., não é de hoje que os constitucionalistas apontam a “*função constitutiva e estabilizadora da livre formação da opinião individual e coletiva* através de uma esfera de discurso público aberta e pluralista”.²⁸⁵ Segundo Jónatas Machado, em seu já clássico *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, “a liberdade de expressão em sentido amplo pretende desbloquear os canais da comunicação em todos os domínios da vida social, em nome da autonomia individual e coletiva e da voluntariedade da interação social”.²⁸⁶ Lembra este autor, também, que a *dupla dimensão* desse direito compreende a *dimensão substantiva*, que envolve a própria atividade de “pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la”, e a *dimensão instrumental*, que traduz “a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento”.²⁸⁷

No Brasil, o direito pátrio aponta para a proteção constitucional da liberdade de expressão por meio de distintos enunciados normativos.²⁸⁸ Na ordem internacional, o Brasil é signatário de tratados que igualmente afirmam a liberdade de expressão, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde se lê, no art. XIX, que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão;

este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.²⁸⁹ Da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) — Pacto de San José da Costa Rica — extrai-se também que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão.²⁹⁰

Em termos pretorianos, o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a se manifestar sobre o *standard* de liberdade de expressão que a Constituição Federal brasileira consagraria, embora não se possa afirmar a efetiva existência, no Brasil, de uma *jurisprudência* sobre o tema. Nesse sentido, destacam-se a ADI 4.274 (Marcha da Maconha), a ADPF 130 (Lei de Imprensa) e as Reclamações nº 15.243²⁹¹ e nº 11.292.²⁹² Ainda pendente de julgamento encontra-se a ADI 4.451, conhecida por “ADI do Humor”²⁹³, tendo sido objeto de julgamento, no entanto, Referendo na Medida Cautelar na aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁹⁴, no qual o então Ministro Ayres Brito defendeu a existência do direito de jornalistas de realizarem críticas “a qualquer pessoa”, ainda que em tom “áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado”. Assim, sustentou o Ministro, é assegurado pela CF/88 o direito à realização de programas humorísticos e de charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos, os quais gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição Federal à imprensa. Na mesma decisão, embora sem apontar exemplos do que poderiam ser tais comentários abusivos, afirma o Ministro que, em contrapartida, haverá responsabilidade, penal e civil, pelos eventuais abusos que forem cometidos, sujeitando-se os responsáveis ao

direito de resposta a que se refere a mesma Constituição da República.²⁹⁵

Na Alemanha, país cujas decisões têm servido, frequentemente, de fundamento teórico para as decisões do STF no Brasil, conforme leciona Erik Jayme, “Arte e ciência, pesquisa e doutrina são livres” (art. 5º, alínea três, primeira parte). As referidas liberdades estão sujeitas, no entanto, aos limites imanentes (teoria dos limites imanentes) da própria Lei Fundamental, inclusive no âmbito das relações privadas (teoria da *Drittwirkung*).²⁹⁶ Assim, afirma Jayme, “a liberdade de arte como direito fundamental e valor constitucional pode proteger o artista no exercício de sua profissão”, da mesma forma como “terceiros podem intervir no trabalho artístico, alertando que o artista ultrapassou os limites da liberdade de arte e infringiu, desta maneira, direitos privados de terceiros”.²⁹⁷

No que tange ao *standard* de liberdade de arte vigente naquele país, o qual apresenta direta relação com o tema das biografias ora abordado, destaca-se o julgamento pela Corte Constitucional alemã, em 2008, do *Caso Esra*, sendo estes os fatos, segundo relato do professor alemão:

O escritor Maxim Biller publicou um romance com o título *Esra*. Neste livro, o autor descreveu, em todos os detalhes, a sua relação sentimental com uma atriz de cinema, uma relação que durava quatro anos. No romance, figuram também os membros da família da atriz, como a filha e a mãe dela. O livro contém cenas realísticas da vida em comum desta união, incluindo as atividades sexuais. A atriz e a sua mãe instauraram um processo contra o autor do livro. Os tribunais proibiram a divulgação do livro, motivando as proibições com a proteção da personalidade das pessoas descritas no romance, que facilmente podem ser reconhecidas pelos leitores. O autor e o seu editor impugnaram os julgamentos por meio de um recurso constitucional, evocando a liberdade de arte como direito fundamental em favor do autor e do seu editor do livro *Esra*.²⁹⁸

Nesse caso, aplicando a teoria dos limites imanentes do direito fundamental da liberdade de arte, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu o direito da atriz à proteção da sua personalidade (negando igual direito à mãe), partindo da noção do que seja *obra de arte protegida no âmbito da liberdade de arte*. Segundo a Corte, quando o leitor abre uma obra de arte como um romance, o que ele espera encontrar é uma “realidade fictícia”, ou seja, uma história que não corresponde aos fatos reais.²⁹⁹ Ao transformar a realidade só em parte e não inteiramente em uma obra de ficção, permitindo o reconhecimento das pessoas descritas, o autor perde a proteção conferida às obras de arte desse tipo, as quais se caracterizam por criar uma nova realidade estética distante da realidade.^{300, 301}

Anterior ao *Caso Esra*, um dos episódios mais rumorosos do cenário internacional foi o *Caso Mephisto*, que parte de romance escrito por Klaus Mann. O Tribunal Constitucional alemão, a despeito de a obra ter sido catalogada como romance, proibiu a sua publicação posteriormente à concessão de uma medida liminar que a autorizava, entendendo que se tratava de biografia depreciativa e injuriosa do ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen, considerando a maneira como retratava sua vinculação ao nazismo.³⁰² O fundamento foi o reconhecimento de violação aos direitos da personalidade tanto do teatrólogo, então já falecido, quanto do próprio filho (direito autônomo) e a inviolabilidade do princípio da dignidade humana,³⁰³ tendo em vista a presença de atos negativos totalmente estranhos à biografia do retratado.³⁰⁴ Sobre os perigos da criação de uma “meia-verdade”, mais uma vez nos ensina Jayme:

Mesmo assim, uma problemática ainda não foi solucionada de maneira satisfatória: filmes, como o *Baader-Meinhof Komplex*, chamam a atenção do público por relacionar-se a eventos verdadeiramente acontecidos. A fascinação deste tipo de filme tem a sua base no fato de que o público não sabe exatamente quantos

elementos de ficção a obra compreende. A criação de uma “meia-verdade” — da qual todos os espectadores sabem que se trata de uma verdade só parcial — traz o perigo de que, no entendimento do público, a ficção sobrepõe-se à verdade, isto é, os fatos fictícios são considerados como verdadeiros. Os tribunais alemães pressupõem que o espectador consegue distinguir claramente entre ficção e realidade. Pode-se duvidar se este realmente é o caso.³⁰⁵

Em sentido não muito distante encontra-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação na qual o músico João Gilberto buscava impedir a distribuição da biografia escrita por Walter Garcia, intitulada *João Gilberto*. A Câmara julgadora utilizou, como argumento para negar o pleito do autor, a mesma lógica referida por Jayme e com a qual concordamos. Citando a doutrina de Adriano de Cupis³⁰⁶, a 5ª Câmara de Direito Privado consignou que

O interesse público sobreleva, nesses casos, o interesse privado; o povo, assim como tem interesse em conhecer a imagem dos homens célebres, também aspira conhecer o curso e os passos de sua vida, [...] *Será, portanto, lícita a biografia, mas ilícita a narrativa romanceada ou dramatizada, que não é necessária para a exposição dos fatos pessoais (Os direitos da personalidade, p. 146) (grifo nosso).*³⁰⁷

Outro exemplo que pode ser recordado é o da atriz Scarlett Johansson, que, conforme matéria publicada pelo jornal *Folha de S.Paulo*, obteve a condenação, na justiça francesa, do escritor Grégoire Delacourt, por invasão de privacidade. Em seu romance *La première chose qu'on regarde*, publicado em março de 2013 e no qual é contada a história de uma sócia da atriz, haveria uma indireta atribuição a ela de relacionamentos amorosos.³⁰⁸ Em outra matéria, publicada por um site francês, acrescentou-se que a atriz, além de contestar a exposição fraudulenta de seu nome, imagem e reputação para promover a obra, requereu, em caso de transferência de direitos de reprodução e adaptação do livro, a proibição da utilização não

autorizada de seus direitos da personalidade. A 17ª Câmara Cível do Tribunal de Paris, no entanto, rejeitou esse último pedido.³⁰⁹

Para bem compreender a liberdade nas formas de *livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação* constitucional será fundamental analisar, portanto, como o respectivo gênero é visto nessas atividades. Sem dúvida, a percepção e o entendimento do que vem a ser o gênero biografia têm alcançado diversas interpretações e significados ao longo da história e das distintas correntes de pensamento não apenas no Brasil. Por isso a detida análise no capítulo 1, sem a qual nenhuma proposição em termos jurídico-legislativos pode ser realizada.

Nesse passo, utiliza-se como amparo teórico a chamada “teoria dos sinais” para a distinção entre obras de arte protegidas pela Constituição e outros objetos ou manifestações que não gozam de igual proteção. Tal teoria é “decisiva na ponderação constitucional da personalidade e a liberdade de arte”³¹⁰, pois “quanto mais uma obra aparece distante da realidade, quanto mais ficcional ela seja, tanto mais esta obra apresenta-se como protegida pela Constituição”.³¹¹ Essa tem sido a teoria adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) e que, se não serve para proteger obras de cunho biográfico propriamente ditas — porquanto de ficção não se tratam —, serve muito bem para auxiliar o intérprete na construção de parâmetros para o estabelecimento de critérios (se possível cada vez mais seguros) para o merecimento de tutela dos diferentes gêneros literários e históricos, dentre os quais o biográfico se insere.

²⁸⁵ CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 27-28.

²⁸⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 15.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 417.

²⁸⁸ No Título II — Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I — Dos direitos e

deveres individuais e coletivos, da Constituição Federal tem-se que: IV — “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; IX — “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; e XIV — “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Já no Título VIII — Da ordem social, Capítulo III — Da educação, da cultura e do desporto, a Carta de 1988 prescreve: “Art. 215 O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º - A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I — defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II — produção, promoção e difusão de bens culturais; III — formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV — democratização do acesso aos bens de cultura; V — valorização da diversidade étnica e regional”. E no Título VIII — Da Ordem Social, Capítulo V — Da comunicação social, tem-se ainda: “Art. 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º — Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º — É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º — Compete à lei federal: I — regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II — estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º — A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º — Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”.

289 Convenção adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

290 Dispõe o art. 13 da Convenção, na íntegra: “Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse

direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

291 Rcl. 15243 MC/RJ, Rel. Min. Celso de Melo, j. 11/3/2013, DJe 20/3/2013, em que é reclamante o jornalista Paulo Henrique dos Santos Amorim, na qual o STF deferiu medida liminar para suspender a decisão do TJRJ que condenou o jornalista a pagar indenização por dano moral, no valor de R\$ 250 mil ao banqueiro Daniel Dantas por publicações consideradas ofensivas em seu blog. A decisão que acolheu o pleito assim afirmou: “A questão ora em exame, segundo entendo, assume indiscutível magnitude de ordem político-jurídica, notadamente em face de seus claros lineamentos constitucionais que foram analisados, de modo efetivo, no julgamento da referida ADPF 130/DF, em cujo âmbito o Supremo Tribunal Federal pôs em destaque, de maneira muito expressiva, uma das mais relevantes franquias constitucionais: a liberdade de manifestação do pensamento, que representa um dos fundamentos em que se apoia a própria noção de Estado democrático de direito. Cabe rememorar, especialmente na data de hoje (11/3/2013), a adoção, em 11/3/1994, pela Conferência Hemisférica sobre liberdade de expressão, da Declaração de Chapultepec, que consolidou valiosíssima Carta de Princípios, fundada em postulados, que, por essenciais ao regime democrático, devem constituir objeto de permanente observância e respeito por parte do Estado e de suas autoridades e agentes, inclusive por magistrados e Tribunais judiciais”.

292 Rcl. 11292 MC/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 25/2/2011, DJe 4/3/2011, em que é reclamante PEA — Projeto Esperança Animal, na qual o STF deferiu medida liminar para suspender a decisão do TJSP que condenou a reclamante, em favor da associação civil Os Independentes, entidade que organiza e promove rodeio em Barretos/SP, às obrigações, entre outras, de não vincular, por qualquer meio, especialmente a Internet, o Clube Autor ou a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos com tortura ou maus-tratos de animais, sob pena de multa diária não inferior a R\$ 10.000,00, bem como ao pagamento de indenização por danos morais a serem arbitrados. A reclamação buscou obter a cassação

do acórdão reclamado por violação ao entendimento adotado pelo STF na ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, DJe 6.11.2009, uma vez que a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo equivaleria a ordem de censura prévia.

293 Sobre o direito de sátira, gênero literário que remonta ao século 4 a.C., confira-se o artigo de Ivana Coelho em: COELHO, Ivana Pedreira. Direito de sátira: conflitos e parâmetros de ponderação. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97-117.

294 ADI 4.451 MC-REF/DF (Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade), Rel. Min. Ayres Brito, j. 2/9/2010 (Tribunal Pleno), DJe 1.7.2011, Republicação DJe 24.8.2012. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão — ABERT. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Interessado: Partido Democrático Trabalhista — PDT. Decisão: “O Tribunal, por maioria, referendou a liminar, suspendendo as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei Federal nº 9.504, de 30/9/97”.

295 No voto do Ministro Ayres Brito constou ainda: “A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução “humor jornalístico” enlaça pensamento crítico, informação e criação artística. 6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. [...] 7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de ‘outorga’ do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. [...] Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto”. ADI 4.451 MC-REF/DF. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Ayres Brito, j. 2/9/2010 (Tribunal Pleno), DJe 1/7/2011, Republicação DJe 24/8/2012.

296 JAYME, Erik. Liberdade de arte no direito constitucional: repercussões no direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 143-144. No mesmo sentido, Jónatas Machado: “Assim, os direitos de personalidade configuram-se como limites constitucionalmente imanentes das liberdades de comunicação, sendo a inversa também verdadeira”. MACHADO, 2002, p. 751.

297 JAYME, 2014, p. 144.

298 *Ibidem*, p. 145.

299 Ainda que com diferentes nuances, em países como Bélgica, Inglaterra, Irlanda, Itália, Holanda, Portugal, Escócia, França e Alemanha, a liberdade de arte não pode “falsificar os fatos”. Na Finlândia, por sua vez, se o escritor tiver feito esforços para evitar que o público interprete seu personagem com alguém real, a sua falta de intenção de causar a confusão entre ficção e não ficção eliminará a possibilidade de uma condenação, tendo em vista que: “The freedom of artistic expression legitimises elements from real life being mixed with fictitious elements”. BRÜGGEMEIER Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O’CALLAGHAN, Patrick. *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: University Press, 2010, p. 206-227.

300 *Ibidem*, p. 145-146. Podemos dizer que disso se diferem, no entanto, os chamados romances históricos. Para o escritor Luiz Antonio de Assis Brasil, “O fato é que hoje em dia não há mais gêneros literários definidos”, o que o romancista vê como algo positivo. Segundo ele, hoje já não haveria um “obsessivo espírito sistemático”, permitindo perguntas como: “isto é um relato autobiográfico? É uma crônica? É uma reportagem? É um romance, é o quê?”. Embora possamos concordar com o escritor no sentido de que “o surgimento da História ‘como ciência’ é que veio como um espírito de desmancha-prazeres para o leitor de literatura, gerando uma série infindável de mal-entendidos — pura perda de energia, que poderia ser destinada a algo bem mais agradável” —, no terreno do biográfico estas fronteiras (entre ficção e realidade) mostram-se ainda — e sempre — relevantes, na medida em que a escrita pode afetar de maneira inequivocamente danosa aquele que na obra é retratado, seja como protagonista, seja como terceiro. BRASIL, Luiz Antonio de Assis. Todo romance é histórico. *Jornal da Biblioteca Pública do Paraná*. Especial capa de 6/10/2014. Disponível em: <<http://www.candido.bpp.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=73&tit=Todo-romance-e-historico>>. Acesso em: 10 out. 2014.

301 No Brasil, o caso da minissérie *Dalva e Herivelto* é emblemático, tendo, o TJRJ, utilizado o mesmo parâmetro da Corte Constitucional alemã para afirmar, com resultado contrário ao do caso alemão, a legitimidade da obra televisiva, uma vez que: “Pelo viés criação artística, ter-se-á também a construção de pensamentos, estórias dotadas de ‘licença poética’, e distanciadas do compromisso com a reprodução autêntica de fatos, ainda que oriundos de episódios reais”. À conta da clivagem entre estas duas situações, é possível concluir que a ré não buscou a fidelidade dos fatos, apartando de qualquer similitude os caracteres do verdadeiro marido da cantora e do personagem criado para a obra, eis que se desvincularam a origem do relacionamento, a profissão do finado, a sua nacionalidade, de tal sorte que seu nome e sua identidade restaram preservados diante da antinomia entre o tipo externo do que se tem por real e a ficção naquela minissérie. “Daí porque, o público e os veículos de comunicação não reconheceram na figura do personagem o genitor dos autores, como se pode antever das provas carreadas pela parte autora, e abaixo reproduzidas [...]” (TJRJ. Ap. Cível n. 118642-75.2010.8.19.0001, Rel.

Des. Pedro Freire Raguene, j. 7/3/2012).

302 Canotilho, Machado e Gaio Jr. criticam a conclusão a que chegou o Tribunal Constitucional Federal alemão, com base em Frank Fechner, afirmando que “Felizmente, o tempo e a realidade encarregaram-se de ‘revogar’ esta decisão, tendo a obra sido publicada e dado origem à sua representação teatral e cinematográfica” (2014, p. 93).

303 Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Gustavo Bonato Fruet defendem que, no caso do Brasil, ao contrário do que ocorre na Alemanha, a defesa de direitos da personalidade pode se dar sem necessidade de invocação imediata da dignidade humana, isto é, por meio dos filtros da legislação privada, uma vez que o Direito Privado nacional possuiria os elementos adequados à conformação normativa dos principais casos. Assim em: Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01-23, esp. p. 17.

304 Leciona Erik Jayme: “O direito pós-morte da personalidade é, na Alemanha, uma criação da jurisprudência, sobretudo do Tribunal Constitucional. A base é a proteção da dignidade da pessoa humana, no sentido do art. 1º da Constituição. Esta abrange e protege também certa continuação da imagem de vida (*Lebensbild*) da pessoa depois da sua morte. A proteção concerne somente às alterações graves desta imagem. Além disto, a proteção diminui com o curso do tempo, quando a memória à pessoa perde importância”. JAYME, E. *Liberdade...*, p. 148. Por essa razão, aponta Wanderlei de Paula Barreto, a decisão do BGH limitou temporalmente o período durante o qual a obra *Mephisto: romance de uma carreira* não poderia ser publicada. E, assim, em 1980 (12 anos após a decisão) o romance foi publicado, sem cortes, por outra editora. BARRETO, 2010, p. 143-144).

305 JAYME, 2014, p. 149.

306 Anteriormente mencionada pela Ministra Cármen Lúcia na Reclamação nº 1.448 (STF. Reclamação nº 1.448. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3/6/2013, publicado em DJe-148 de 31/7/2013), também ajuizada pelo artista em razão da ADI 4.815.

307 TJSP. Ap. Cível nº 0181186-30.2012.8.26.0100. Rel. Des. Moreira Viegas, j. 27/8/2014.

308 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2014/07/1480105-scarlett-johansson-obtem-condenacao-de-escritor-por-invasao-de-privacidade.shtml>>. Acesso em: 9 set. 2014.

309 Disponível em: <<http://culturebox.francetvinfo.fr/livres/romans/scarlett-johansson-fait-condamner-lecrivain-gregoire-delacourt-159075>>. Acesso em: 9 set. 2014.

310 JAYME, 2014, p. 147.

311 *Ibidem*, loc. cit.

2.2 A liberdade de expressão lato sensu como fundamento para a publicação de obras biográficas

A experiência cultural, na qual incluímos também a histórica, tem sido considerada um dos pilares formadores da pessoa e *conditio sine qua non* para o integral desenvolvimento de sua personalidade.³¹² Internacionalmente, o que então se conhecerá por “direitos fundamentais culturais” engloba diferentes categorias, dentre as quais o direito à liberdade de pesquisa e criação.³¹³

Da mesma forma, para que seja possível a plena formação da pessoa — apenas viável em Estados democráticos — esses garantem a seus cidadãos uma “esfera de discurso público” na qual é possível a manifestação de suas opiniões, que por sua vez se sujeitam à crítica e à oposição de outras opiniões. O objeto de tais juízos, a princípio, pode ser tanto fatos quanto pessoas, mormente considerando que a sociedade anseia por informações acerca de seus mais ativos e relevantes protagonistas, “pois os membros da comunidade devem poder formar sobre eles a sua opinião de forma livre e esclarecida, já que disso depende muitas vezes a tomada de decisões de natureza política, econômica, social e cultural”.³¹⁴

Daí falar-se em “interesses públicos informativos”, os quais, quanto mais fortes forem, maior retração causarão em bens jurídicos que com eles colidam, partindo-se, sempre, do pressuposto de que a informação fora obtida de forma lícita, sob pena de tal patologia

afastar a tutela legal.³¹⁵ Além disso, para que esse interesse informativo seja legítimo, deve-se verificar uma “conexão lógica”³¹⁶ dos fatos narrados na discussão pública. Na Europa, decisão judicial da Corte Europeia de Direitos Humanos condenou a França por proibir, forte na consideração de “abuso na liberdade de expressão”, a publicação do livro *Le grand secret* (“O grande segredo”), escrito pelo médico pessoal do ex-presidente François Mitterrand. A obra, publicada após um artigo do jornal *Le Monde* que lembrava ao público que Mitterrand não havia informado à sociedade sobre sua doença e que havia demitido o Dr. Claude Gubler em 1994, sendo colocado em dúvida o próprio tratamento médico por este dispensado, relatava a forma como foi organizado um serviço médico secreto em torno do então presidente em razão de um câncer diagnosticado em 1981, logo após a sua primeira eleição. O livro *O grande segredo* fora lançado no dia 17 de janeiro de 1996, causando indignação na família do recém-falecido presidente, que denunciara uma violação do segredo médico e uma violação à intimidade e à vida privada do presidente e de pessoas próximas. Com a vitória da família, a Editora Plon fez um requerimento junto à Corte Europeia em 9 de junho de 2000, por violação à liberdade de expressão.³¹⁷

Julgado em 18 de maio de 2004 (CEDH, *affaire PLON x France*, n. 58.148/00), a Corte europeia entendeu que, nos termos do art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mostrava-se desproporcional a medida de manutenção da proibição de venda do livro, uma vez que o segredo médico já havia sido violado e que o autor da violação já havia sido condenado penalmente e sofrido a correspondente penalização civil. Entendeu o Tribunal, no entanto, justificada a proibição de venda do livro, em procedimento de urgência, logo após a morte do ex-presidente, porquanto naquele

momento a família padecia de um grande sofrimento, que foi potencializado pela revelação do segredo.³¹⁸ Considerando que havia passado tempo razoável desde a violação do segredo médico, a limitação prolongada da liberdade de expressão seria medida excessivamente drástica, não mais havendo o interesse jurídico imperativo e preponderante.³¹⁹ No caso, conforme apontam Fernando Aith³²⁰ e José Ramón Verda y Beamonte³²¹, o princípio da liberdade de expressão levou a Corte a considerar a passagem do tempo como limitador do também fundamental direito ao segredo médico, especialmente porque naquele caso concreto tratava-se de um ex-presidente, que governou o país por 14 anos, representando a liberdade uma garantia mais importante a ser preservada. Ou seja, “o livro tratava de um tema de interesse público manifesto e geral relativo ao direito dos cidadãos de serem informados sobre o estado de saúde do chefe de Estado”.³²²

De maneira geral, a licitude da informação³²³ pode ser demonstrada, por exemplo, na obtenção de material via “coletiva de imprensa”, como relata Paulo Cesar de Araújo, no capítulo intitulado “Os bastidores da pesquisa I”, de seu *O réu e o rei: minha história com Roberto Carlos, em detalhes*:

O clima da coletiva foi de informalidade, até porque não havia um grande número de jornalistas — em comparação às suas coletivas atuais. [...] Naquela tarde no Copacabana Palace, ao longo de quase uma hora de conversa com a imprensa, o cantor falou um pouco de seu novo disco e muito mais de sua vida pessoal. Comentou, por exemplo, o fim de seu casamento com a atriz Myrian Rios — “Separação é algo que sempre dói. Não recomendo para ninguém” —; negou que estivesse namorando a tal moça chamada Maria Rita — “Ela é apenas uma amiga. Apenas isso.” —, lamentou a morte de sua ex-esposa, Nice, ocorrida naquele ano, disse que pretendia ficar mais próximo dos filhos, e mais uma vez falou sobre a sua superstição com a cor marrom.³²⁴

No Brasil, tentativas de retirar de circulação biografias não autorizadas — como também houve em relação a outras obras que trariam conteúdo depreciativo de pessoas, grupo ou raça³²⁵ — têm sido comuns, forte na previsão do art. 20 do CCb, o qual sofreu pesadas críticas da doutrina, especialmente a constitucionalista.³²⁶ Em obra apresentada à comunidade acadêmica como recorte de um caso prático sobre a proteção de biografias não autorizadas discutido nos tribunais brasileiros, os constitucionalistas portugueses Gomes Canotilho, Jónatas Machado e Antônio Gaio Jr. afirmam: “Não temos dúvidas de que o balanceamento ‘definitório categorial’ ou ‘universalizante’ detectado no enunciado linguístico do art. 20 do Código Civil conduz a uma operação deôntica de proibição claramente inconstitucional”.³²⁷ Outras tentativas (estas de caráter não biográfico) também puderam ser acompanhadas na mídia, que destacou o ajuizamento de demanda judicial no estado de Minas Gerais pelo MPF de Uberlândia, que buscava a “censura” a acepções de palavras em dicionário como cigano e negro³²⁸, bem como, em outro caso, a discussão que envolveu o governo federal e a obra literária de Monteiro Lobato, com a impetração de mandado de segurança pelo Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) e Outros contra a Presidente da República, o Ministro da Educação e Outros³²⁹, o que levou a sociedade à discussão em torno do importante tema do “revisionismo histórico”.³³⁰

Dentre todos, no terreno do biográfico, o já referido *Caso Garrincha* é o mais conhecido e durou 11 anos até seu julgamento final pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nele, a editora que publicou a biografia do jogador foi condenada ao pagamento de danos morais, no montante de 100 salários-mínimos para cada uma das autoras (filhas de Manoel Garrincha), e materiais, no percentual

de 5% do preço de capa de cada livro vendido. Do julgado proferido pela Corte, dois pontos centrais merecem destaque. 1. *A tentativa de limitação do gênero literário biografia* feita pelo Des. Sérgio Cavalieri Filho no seu voto e reproduzido pelo Min. Relator Cesar Asfor Rocha, que afirma:

Não se limitou o autor a relatar o futebol de Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão Manoel dos Santos e apequenando a sua imagem.

Percebe-se rapidamente dessa passagem o equívoco de interpretação e contextualização, tendo em vista que a bebida, consoante se verifica da própria leitura integral da biografia de Garrincha, era comum a jogadores naqueles tempos e, mais do que isso, que não há como contar apenas uma parte da vida de alguém, escolhendo apenas seus fatos honrosos.³³¹ Isso seria a tentativa da construção do mito, do herói, e não do homem. 2. *A necessidade de se examinarem as biografias do ponto de vista do autor e da editora, como trabalho intelectual importante (cultural e historicamente), que demanda longa pesquisa, apurada técnica, esforço de escrita e investimento monetário.*

Decisões como essa justificam a importância de se tratar a fundo o tema das biografias sob muitos aspectos, inclusive pela redução total dos importantes direitos da personalidade ao seu viés econômico, como será mais bem abordado na subseção 2.4.3.1.³³²

Outros casos de destaque que chegaram aos tribunais³³³ brasileiros foram: *Caso Jorge Guinle*³³⁴; *Caso Washington Olivetto* (e outros), de *Na toca dos leões: a história da W/Brasil, uma das agências de propaganda mais premiadas no mundo*³³⁵; *Caso João Gilberto*³³⁶; *Caso Lampião*³³⁷; *Caso Noel Rosa*³³⁸; *Caso Guimarães Rosa*³³⁹; *Caso*

João Guilherme Estrella, de *Meu nome não é Johnny: a viagem real de um filho da burguesia à elite do tráfico*, no qual um traficante cadeirante da história se sentiu prejudicado porque em um dos trechos há um diálogo em que conta a João Estrella como faz para transar³⁴⁰; e, por fim, *Caso Roberto Carlos*, no qual um acordo com a editora Planeta tirou o livro de circulação.

Relata o biógrafo do cantor, Paulo Cesar de Araújo, em seu livro *O réu e o rei: minha história com Roberto Carlos, em detalhes*³⁴¹, que, ao decidir entrar com uma ação judicial para proibir a circulação da obra, Roberto Carlos procurou seu então advogado, Saulo Ramos. Este, como o próprio veio a relatar em entrevista à revista *Veja*, teria dito que a biografia escrita por Paulo Cesar era “perfeita” e que, portanto, teria negado a causa. Ainda assim, Roberto Carlos, com novos advogados, ajuizou uma demanda cível e outra criminal, pois entendia que a simples publicação da obra importava em locupletamento ilícito³⁴², o que veio a ocorrer no ano de 2007.³⁴³ Ambas as ações terminaram a partir de um acordo realizado pelos advogados da editora com o cantor, até hoje questionado pelo biógrafo.³⁴⁴

Esse foi, sem dúvida, o caso de maior repercussão no Brasil envolvendo uma biografia não autorizada. Foi a partir dele (que aborda um raro caso de biografia — e não autobiografia — de personalidade viva no Brasil)³⁴⁵ que o tema ganhou verdadeira repercussão no país.³⁴⁶

Com efeito, a maior justificativa da importância deste estudo está em apontar, tanto para o legislador como para o aplicador do Direito, possíveis critérios para a ponderação³⁴⁷, no caso concreto, dos interesses merecedores de tutela em disputa quando da publicação de uma biografia. Especialmente se considerarmos que, a despeito

do julgamento da ADI 4.815, o cenário nacional continua sendo de forte insegurança para biografados e biógrafos, uma vez que o Supremo Tribunal Federal limitou-se a julgar (e afastar) a exigência de autorização prévia para a publicação de biografias, mas não adentrou no difícil terreno da construção de critérios de ponderação (registre-se que a ponderação foi o método saudado pelo STF, explicitamente nos votos dos Ministros Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes).

Em termos usados pelo próprio Ministro Luiz Fux, o julgado fixou uma “proposta minimalista”, para apenas decidir com relação à exigência ou não de *licença prévia* para a publicação de biografia, restando exclusivamente nesse ponto o consenso entre os julgadores da mais alta Corte. Inclusive no que tocava às possíveis tutelas em face de uma afronta aos direitos da personalidade no caso concreto, a saber, indenização, concessão de direito de resposta, reedição da obra etc., os ministros decidiram por deixar de fora do voto qualquer julgamento nesse sentido, uma vez que não havia concordância sobre a impossibilidade da tutela inibitória.

Ainda que se reconheça que o papel da norma constitucional é tanto o de fonte normativa como o de fonte interpretativa da norma ordinária e que se parta do pressuposto de que “uma norma [*rectius*, texto normativo] não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada em conformidade com a constituição”³⁴⁸, já que o julgador “decide no âmbito da *norma*, não do *texto*”³⁴⁹. — e nessa medida tanto a atual redação dos arts. 20 e 21 do Código Civil como a que se defendeu via PL 393/2011 ainda dependeriam, para sua aplicação no caso concreto, do “filtro” da “validação” constitucional — o impacto da norma (texto) infraconstitucional na

compreensão social do direito e mesmo na atuação dos juízes é incontestável.³⁵⁰

E não poderia ser diferente. Apesar de o fenômeno da constitucionalização — por conta especialmente da “afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhe são subjacentes”³⁵¹ — ser hoje uma realidade nos cenários jurisprudencial e doutrinário brasileiros, o modelo de pensamento que ainda determina a visão da maioria dos juristas é sim o de uma interpretação do direito como mera subsunção³⁵², sendo o debate em torno dessas questões ainda relativamente recente no país. Isso se explica, em grande medida, pelo fato de que apenas em 1988, com a promulgação da atual Constituição, os direitos fundamentais passaram a ser novamente levados a sério.³⁵³

Assim, é evidente a extrema importância das normas infraconstitucionais, por possuírem maior “densidade analítica”, embora hoje se deva entender sua atuação não como meras decodificadoras ou tradutoras dos princípios constitucionais, mas sim no sentido de que o seu próprio conteúdo é definido pelo filtro dos valores positivados na Constituição.³⁵⁴

Como fonte interpretativa, a Constituição, que contém princípios éticos, deve também ser interpretada (para então servir de fonte de interpretação) de forma evolutiva, “de acordo com o modificar-se dos valores éticos no bojo da comunidade à qual a constituição se refere”.³⁵⁵ É, portanto, também a essa interpretação que o estudo se propõe, a fim de que se alcance, com a maior segurança jurídica possível, a unidade do sistema e a proteção de seus valores mais elementares.

Deve-se destacar que, no que toca à Constituição como fonte normativa, reconhecemos tanto uma aplicação indireta como uma aplicação direta das normas constitucionais³⁵⁶, em sentido mais forte do que o defendido pela doutrina e jurisprudência alemãs, as quais, conforme define Perlingieri, compreendem que

as normas constitucionais devem ser aplicadas de forma indireta, isto é, por meio das normas ordinárias, sejam elas expressas por cláusulas gerais ou mediante o mecanismo da previsão específica e detalhada da *fattispecie* abstrata, ou seja, segundo o estilo chamado regulamentar.³⁵⁷

A aplicação indireta, nessa consideração, obedeceria ao esquema lógico do “combinado disposto” (Código Civil + Constituição) — e não ao esquema lógico da subsunção —, pois não reduz o papel da constituição apenas ao de mera diretriz de interpretação dos enunciados normativos, afirmando também a sua atividade de individuação da própria normativa. Como, aliás, também é defendido por Perlingieri, no que tange à crítica à subsunção ao definir uma precedência lógica e cronológica da interpretação em relação à qualificação, pois “uma e outra são aspectos de um processo cognitivo unitário voltado a individuar a normativa a ser aplicada”.³⁵⁸

Em recente e aprofundado estudo sobre o tema da *Drittwirkung*³⁵⁹ dos direitos fundamentais no direito alemão e no direito brasileiro, Marcelo Schenk Duque, após abordar o famoso caso das fianças na Alemanha (BVerfGE 89, 214), a partir dos princípios da autonomia privada (contratual) e do livre desenvolvimento da personalidade (constitucional), defende a adequação deste condicionamento da transposição dos direitos fundamentais ao ordenamento jurídico privado, “por regra”, à mediação legislativa, conforme os alemães. Segundo o autor, “Em matéria de reconhecimento geral de uma

eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, um problema acaba por atrair outro”. E assim explica: “Isso porque a teoria da eficácia direta inverte a direção de finalidade dos direitos fundamentais, a partir do instante em que autoriza os cidadãos — titulares de direitos fundamentais — a praticarem a função estatal de controle de conteúdo da liberdade”. Excepcionalmente, no entanto, afirma Duque a possibilidade de reconhecimento de um caráter excepcional ou subsidiário da eficácia direta, a independer de uma mediação legislativa, como ocorre quando, por exemplo, há “evidente insuficiência de normas capazes de transportar o conteúdo dos direitos fundamentais para o direito civil, até mesmo pelos riscos que encerra”.³⁶⁰

Não se desconhece que algumas críticas podem ser feitas a um posicionamento que reconhece papel central e onipresente das normas constitucionais (seja pelo reconhecimento de uma eficácia direta ou indireta), com forte atuação estatal por meio de seu Poder Judiciário. A mais presente é a de uma possível hiperinterpretação da Constituição ou de uma panconstitucionalização³⁶¹, com a consequente problemática da “judicialização das relações sociais”.³⁶²

Seriam tais críticas suficientes para descaracterizar a inafastabilidade da constitucionalização do direito civil (ou do direito privado)? Ou apenas uma constatação por ninguém contestada de que o fenômeno jurídico é dotado de reconhecida complexidade?

³¹² SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012, p. 47.

³¹³ STAMATOPOULOU *apud* SOUZA, Allan Rocha de, 2012, p. 61. Segundo Allan Rocha de Souza, “Os direitos culturais, enfim, podem ser vistos como aqueles que ‘o indivíduo tem em relação à cultura da sociedade da qual faz parte, que vão desde o direito à produção cultural, passando pelo direito de acesso à cultura até o direito à memória histórica’ (FERNANDES, 2008, p. 207). Nesta visão os direitos culturais são compostos do direito de produção cultural, direito de acesso à cultura, direito à memória histórica e ainda o

direito à informação e o direito à participação nas decisões públicas sobre cultura (FERNANDES, 2008, p. 207). É possível, ainda, identificá-los a partir da Constituição e tentar listá-los, incorporando em seu conteúdo: '(a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica; (b) direito à criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes de cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura — que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público' (SILVA, 2001)". SOUZA, 2012, p. 62.

314 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 35.

315 *Ibidem*, p. 37.

316 *Ibidem*, p. 69.

317 AITH, Fernando. O grande segredo: o princípio do segredo médico profissional analisado a partir de decisão da corte europeia de direitos humanos (Trabalhos Forenses). *Revista de Direito Sanitário*, v. 5, n. 2, p. 98-115, julho de 2004. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=oCCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdisan%2Farticle%2Fdownload%2F80687%2F84339&ei=qMHvU7yIMJPgsAT7hYGoAQ&usg=AFQjCNH7XwazYu3dXURqLMaA8E9udlS1Sg&sig2=91lYVxBCgFGoul9sMUcdsQ&bvm=bv.73231344,d.cWc>. Acesso em: 15 ago. 2014.

318 Assim destaca VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*. Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 60.

319 AITH, *op. cit.*, p. 107.

320 *Ibidem*, p. 113.

321 VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, p. 60.

322 AITH, 2004, p. 114.

323 Conforme Luís Roberto Barroso, não haverá ofensa à privacidade se o fato já tiver sido anteriormente divulgado, sobretudo por meios de comunicação de massa, tendo, portanto, ingressado no domínio público e passível de ser conhecido por outra forma regular de obtenção de informação. Como exemplo, tomou o julgamento pelo TJRJ no caso de peça teatral que retratava a vida de Olga Benário e Luiz Carlos Prestes. No acórdão relatado pelo então Desembargador José Carlos Barbosa Moreira constou: “Verificada a inexistência de ofensa à honra, tampouco se reconhece violação da privacidade, uma vez que os fatos mostrados são do conhecimento geral, ou pelo menos acessíveis a todos os interessados, por outros meios não excepcionais, como a leitura de livro para cuja redação ministrara informações o próprio titular do direito que se alega lesado”. TJRJ. Ap. Cível n. 1988.001.03920. Rel. Des. Barbosa Moreira, DO de 3/4/1989 *apud* BARROSO, 2007b, p. 77.

324 ARAÚJO, 2014, p. 119.

325 Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/03/senhor-procurador-leia-o-verbete-dicionario.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

326 Luís Roberto Barroso, dentre outros, assinala que, “Na sua leitura mais óbvia, a norma não resiste a um sopro de bom direito”. BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94. Barroso, no entanto, em um exercício de tentar salvar a norma, refere, algumas páginas adiante, que, lendo-se o enunciado normativo no sentido de que “a divulgação de informações verdadeiras e obtidas lícitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública”, caberá ao julgador, em casos apenas excepcionais, proibir a divulgação pleiteada. “Essa parece ser a única forma de fazer o art. 20 do Código Civil conviver com o sistema constitucional; caso não se entenda o dispositivo dessa forma, não poderá ele subsistir validamente” (BARROSO, 2007b, p. 96). Para Daniel Sarmiento, “O Código Civil dá todo o peso à privacidade e nenhum à liberdade de expressão. Nem na França, cuja lei protege mais a privacidade, há essa necessidade de autorização prévia”. Revista *Veja*, matéria especial “Página infeliz da nossa história”, edição de 23 out. 2013, p. 85.

327 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 22.

328 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/curiosidades-etimologicas/ciganos-x-houaiss-depois-virao-judeus-baianos-japoneses>>. Acesso em: 28 out. 2014.

329 STF. MS nº 30952/DF. Rel. Min. Luiz Fux, pendente de julgamento. O referido MS fora distribuído em novembro de 2011 ao então Min. Joaquim Barbosa, que se declarou suspeito para atuar no processo por razões de foro íntimo. O livro em questão, *As caçadas de Pedrinho*, fora recomendado como obra de leitura obrigatória em escolas públicas, o que gerou a controvérsia. Rodadas de negociações vêm ocorrendo no Ministério da Educação (MEC) a fim de dirimir a controvérsia.

330 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/mais-um-livro-de-monteiro-lobato-corre-o-risco-de-ser-censurado>>. Acesso em: 28 out. 2014.

331 No mesmo sentido do que ora se defende é o posicionamento de Lewicki quanto à biografia de Garrincha. Diz o autor: “Tampouco é saudável o comportamento inverso — que, em nome da privacidade, encerra a pessoa numa redoma inexpugnável —, exemplificado em recente e controversa decisão do Superior Tribunal de Justiça, confirmando acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que condenara por danos morais a editora que publicou uma biografia do famosíssimo Garrincha. O livro, compreensivelmente, discorria não apenas sobre os dribles do atleta, mas abordava também sua vida privada, com destaque para sua tumultuada relação com as mulheres e a bebida — tão conhecida que dela se poderia dizer incorporada ao folclore do futebol

brasileiro, ainda que talvez não com a riqueza de detalhes ali exposta, fruto de vasta pesquisa e incontáveis entrevistas”. LEWICKI, 2006, p. 215.

332 Schreiber também destaca o problema das biografias póstumas — embora não se refira, no trecho, ao caso específico das filhas de Garrincha — e da invocação frequentemente oportunista de parentes que, sob a alegação de proteção aos direitos da personalidade, perseguem o próprio enriquecimento. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25, 147.

333 Não chegou aos tribunais, porquanto sequer chegou a ser impressa, mas igualmente proibida foi a biografia de Raul Seixas escrita pelo jornalista Edmundo Leite. Segundo noticiado, a viúva do cantor Kika Seixas proibiu informalmente a publicação da obra, a despeito de muitas outras já terem sido lançadas, ao argumento de que todas as anteriores haviam sido escritas por fãs, bem como pelo fato de que o biografado, por estar morto desde 1989, não poderia se defender das histórias narradas pelo biógrafo. Por isso, Kika Seixas teria dito ao jornalista que, caso a biografia fosse publicada, ela recorreria à Justiça. Disponível em: <<http://puc-riodigital.com.puc-rio.br/Jornal/Pais/Fla-Flu-das-biografias%3A-para-juristas,-leis-sao-suficientes-23442.html#.U-E4FPldVyQ>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

334 A autobiografia do *socialite* carioca intitulada *Um século de boa vida* voltou a ser comercializada após uma nova versão, com cortes, ser impressa. O livro teve a supressão de trecho que contava uma suposta relação sexual entre o então presidente americano John Kennedy e a também *socialite* carioca Regina Léclery. Segundo matéria do jornal *Folha de S.Paulo*, um trecho, na página 43, foi o motivo da ação judicial movida pelas filhas de Regina. Após perder em primeiro grau, em decisão da 13ª Vara Cível do Rio de Janeiro, a Editora Globo reimprimiu a obra com a supressão do trecho. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/8/06/ilustrada/10.html>>. Acesso em: 10 out. 2014. Ao final do processo, em decisão definitiva da 3ª Câmara Cível do TJRJ, restou afastada a condenação da editora em danos morais, com voto vencido e ementa assim definida: “AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. OFENSA À IMAGEM. OBRA INTITULADA ‘UM SÉCULO DE BOA VIDA’ COM PASSAGEM CONSIDERADA OFENSIVA À IMAGEM E À HONRA DE SOCIALITE FALECIDA, ASSIM COMO DE SUAS FILHAS. RESPONSABILIDADE DA EDITORA QUE ANTES DO LANÇAMENTO DO LIVRO VAZOU INFORMAÇÃO QUE REDUNDOU EM NOTÍCIA PUBLICADA NO JORNAL. Improcedência do pedido em relação ao autor da obra, que não teve intenção de ofender e, posteriormente, mandou riscar trecho considerado ofensivo, impedindo constasse das edições futuras. TJRJ. Ap. Cível nº 8829/98, Rel. Des. Humberto Paschoal Perri, j. 3/11/1998. É de registrar-se a particularidade deste caso, em que a discussão sobre a condenação ou não da editora deu-se não em razão propriamente da obra biográfica e sim pelo fato de ter ela feito publicar no Jornal *O Globo* a referida passagem, pois ‘não fosse a notícia no Jornal, por certo, poucas pessoas tomariam conhecimento daquela pequena referência feita à genitora das apeladas’” (trecho do voto do Des. Humberto Paschoal Perri).

- 335 Embora não se trate propriamente de uma biografia, porquanto não tem por foco a vida do publicitário Washington Olivetto e sim a agência de publicidade por ele criada, trata-se de caso importante nesta discussão. A obra foi retirada de circulação por decisão da 7ª Vara Cível de Goiânia, em razão de ação ajuizada pelo Dep. Ronaldo Caiado, que no cenário atual tem sido um dos protagonistas no debate que envolve liberdade *versus* personalidade na questão das biografias no Brasil. Na referida obra, o parlamentar fora mencionado à página 301, atribuindo-se a ele seguinte fala: “que era médico e tinha a solução para o maior problema do país, a superpopulação dos estratos sociais inferiores, os nordestinos. Segundo seu plano, esse problema desapareceria com a adição à água potável de um remédio que esterilizava as mulheres”. Após reforma parcial da sentença condenatória pela 4ª Câmara Cível do TJGO, houve a oposição de Embargos Infringentes, que ganharam o nº 445452-25.2012.8.09.0000 e mantiveram a decisão *a quo* que diminuía a verba indenizatória de inacreditáveis R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a serem pagos por cada um dos três réus da demanda. TJGO. EI nº 445452-25.2012.8.09.0000. Rel. Des. Stenka I. Neto, j. 15/5/2013. DJ de 28/5/2013. O processo encontra-se para julgamento no STJ, com recurso de ambas as partes. REsp nº 1440721/GO. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.
- 336 O músico não obteve nenhuma vitória na justiça em suas tentativas de impedir a distribuição da biografia *João Gilberto*, de Walter Garcia, publicada pela editora Cosac Naify. STF. Reclamação nº 1448, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3/6/2013, publicado em DJe-148 de 31/7/2013. TJSP. Ap. Cível nº 0181186-30.2012.8.26.0100, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 27/8/2014.
- 337 TJSE. Ap. Cível nº 201425770, Rel. Des. Cezário Siqueira Neto, j. 30/9/2014. Da ementa do acórdão que reformou a sentença para o efeito de liberar a publicação e distribuição da biografia *Lampião, o mata sete*, de Pedro de Moraes Silva, colhe-se o seguinte trecho: “Mérito — Figuras públicas do cangaço — Esfera privada e íntima com menor intensidade de proteção — Conflito aparente entre direitos fundamentais — Liberdade de expressão x direito à personalidade — Método da ponderação — Vedação a toda e qualquer forma de censura — Art. 220, § 2º, da CF — Latitude da tolerância depende do sentimento geral da sociedade em relação à informação recebida — Análise contextual — Direito invocado que pode ser perfeitamente composto com eventual indenização [...] Decisão unânime”. Em sede de Agravo em Recurso Extraordinário, o STF decidiu, em decisão monocrático do Min. Luiz Fux, que o acórdão de origem não divergiu do entendimento firmado pelo Plenário da Corte na ADI 4.815, deprovendo o agravo (STF. ARE 920008/SE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/10/2015).
- 338 Após duas décadas de disputa judicial entre os autores da biografia João Máximo e Carlos Didier e as herdeiras (sobrinhas) do poeta, estas desistiram da ação que corria na 3ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro. Jornal *O Globo*, edição de 12/9/2014.
- 339 Sentença julgada improcedente no Processo nº 0180270-36.2008.8.19.0001, 24ª Vara Cível da Capital do Rio de Janeiro. Recurso de Apelação distribuído em 9/7/2014.
- 340 A conversa, no entanto, existiu. O próprio traficante confirmou. E, como o autor não

fala quem é, há preservação da imagem. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/dois-projetos-de-lei-querem-acabar-com-proibicoes-biografias-nao-autorizadas-no-brasil-2821850>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

341 O livro, segundo o próprio autor, conta a *sua* história. Após ser acusado de “usurpador da história alheia” e ver “reduzido a pó um trabalho de quinze anos de pesquisa”, o autor narra na obra a longa e intensa relação com seu objeto de estudo, que resultou numa biografia hoje retirada do mercado e em dois processos judiciais no qual foi réu, um cível e outro criminal. O autor encerra a introdução de seu livro dizendo: “[Esta] É a história de um brasileiro, vindo do interior, filho de trabalhadores, fã de Roberto Carlos, que contra todas as adversidades estudou, chegou à faculdade, pesquisou e escreveu sobre o maior ídolo da nossa música popular. Esta é a minha versão sobre um polêmico acontecimento que já não pertence apenas a mim ou a Roberto Carlos, mas sim à história da luta por maiores liberdades públicas no Brasil”. ARAÚJO, Paulo Cesar de. *O réu e o rei: minha história com Roberto Carlos*, em detalhes. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 7-10, esp. p. 10.

342 ARAÚJO, 2014, p. 234-235.

343 A audiência de conciliação na ação criminal, que terminou com uma conciliação que extinguiu também o processo civil, é relatada com detalhes inclusive sobre a postura de extrema parcialidade do magistrado e dos dois representantes do órgão ministerial presentes à audiência, no capítulo 9 de *O réu e o rei*, intitulado “No fórum criminal”. *Ibidem*, p. 297-321.

344 Segundo conta o biógrafo, este, tentando evitar a total retirada de circulação da obra, propôs em audiência: “Fazer uma revisão do livro, excluindo trechos que ele [Roberto Carlos] considerava invasivos, pois eu sabia que isso representava uma parte pequena e secundária da obra. E, para absoluta surpresa dele [Roberto Carlos], propus também abrir mão dos meus direitos autorais. ‘Não quero receber um centavo da venda deste livro, todo o dinheiro pode ficar para você, mas que o livro continue circulando livremente’”. A proposta, todavia, não foi aceita. *Ibidem*, p. 316.

345 Outro caso famoso de biografia de personagem vivo, a obra *O mago*, do escritor Fernando Morais, em que narra a vida do também escritor Paulo Coelho, teve rumo completamente inverso. Nesse caso, o biografado não se insurgiu contra a sua publicação, colocando-se, pelo contrário, totalmente a favor da mais ampla liberdade de expressão neste terreno.

346 O jornal *Folha de S.Paulo* publicou um interessante levantamento sobre o veto a obras biográficas no Brasil desde a entrada em vigor do Código Civil em 2002. Das 24 proibidas (sem contar os processos que correm em segredo de justiça), pelo menos 19 ainda estariam vetadas quando da publicação da matéria, em 4 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/11/1366320-justica-do-pais-veta-25-obras-em-dez-anos.shtml>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

347 Sobre a ponderação de direitos constitucionais, veja-se a seção 2.5. Usamos a expressão “ponderação de direitos” porque se entende, na linha de Eros Grau, que o que se pondera,

em última análise, são valores (expressos constitucionalmente, na forma de direitos constitucionais) e não princípios (ou regras, na compreensão de Eros Grau). GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 117. Não se invoca ou induz, aqui, porquanto não constitui objeto específico deste livro, discussões mais densas no sentido da diferença entre princípios e valores, com reconhecimento do caráter deôntico apenas aos primeiros e do caráter tão só axiológico para os segundos, e seus reflexos na gradação (ou “otimização”) para aplicação de uns e outros. Nesse sentido, não se ingressará mais profundamente em discussões como a que opõem Habermas, que não acreditaria que princípios poderiam ser preenchidos em diferentes graus (otimização), porquanto incompatível com a lógica deôntica, e Alexy, para quem a lógica deôntica é sim compatível com a gradação (otimização) e a aceitação de critérios intermediários entre certo e errado. Isso porque, para Alexy, a binaridade de resultado não pressuporia a binaridade de justificação, pois “o resultado de uma justificação legal é sempre um julgamento que afirma que algo é proibido, obrigatório ou permitido. O resultado precisa conter as modalidades deônticas. Mas, se ao Estado é ou não permitido infringir um direito, as razões para isto não podem ter a estrutura binária, podem ser graduadas e balanceadas. Minha resposta implica dizer que Habermas e também Günther cometem uma falácia, a falácia binária. Esta falácia consiste em não enxergar que binaridade de resultado não implica binaridade de justificação”. WOLF, Alice. Entrevista com o Prof. Robert Alexy, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, out./dez. 2003, Rio de Janeiro, Padma, p. 311-320, esp. p. 314-315. Ainda, ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 134-135, jun. 2003.

348 CANOTILHO *apud* CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 90.

349 GRAU, 2013, p. 48.

350 Conforme sustenta Gustavo Tepedino, “Os abusos na editoração de obras criminosas, em que a publicação deixa de ser informativa, pela ilicitude de sua origem ou de seus propósitos nocivos, notadamente a veiculação de fatos mentirosos, com o propósito de causar danos ao biografado, certamente contêm as únicas hipóteses fáticas em que os arts. 20 e 21 se mostram consentâneos com o Texto Constitucional”. Parecer na ADI 4.815, p. 26.

351 SARLET, Ingo. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *civilistica.com*, ano. 1, nº 1, p. 1, 2012.

352 Por outro lado — e segundo Eros Grau — talvez esse pensamento, modelado pela longa experiência da interpretação do direito como subsunção, explique o “uso abusivo dos princípios” nos dias de hoje, crítica a qual se presta o autor e também a presente análise. GRAU, *op. cit.*, p. 44.

353 SARLET, 2012, p. 2.

354 Em editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, Gustavo Tepedino aponta a necessidade de se superar a discussão acerca da aplicação direta ou indireta das normas constitucionais, considerando a já propagada unidade do sistema. Segundo Tepedino, “Em um ordenamento unitário (como não pode deixar de ser), a norma constitucional

deve prevalecer com ou sem regra específica, vez que a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais, de modo que sua aplicação deve traduzir, sempre, a aplicação da própria Constituição”. Assim no editorial: Itinerário para um imprescindível debate metodológico, *op. cit.*, p. iv.

355 PERLINGIERI, 2008, p. 575.

356 TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, 2008, p. iii-v.

357 PERLINGIERI, 2008, p. 578.

358 *Ibidem*, p. 579.

359 A figura da *Drittwirkung*, criação da doutrina alemã que afirma a irradiação da ordem constitucional para a esfera privada, ou a vigência horizontal ou aplicação horizontal ou externa dos direitos fundamentais, segundo Sarlet, pela fórmula do art. 1º, III, da Constituição daquele país, prevê, de fato, esta eficácia em princípio indireta, já que expressamente estabelece uma vinculação dos órgãos estatais. Essa compreensão, no entanto, sustenta Sarlet, não vincularia a interpretação que se vá dar em outras ordens jurídicas, tendo em vista que as peculiaridades de cada ordem constitucional concreta e seus respectivos limites textuais devem ser evidentemente considerados. SARLET, 2012, p. 17.

360 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: Drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 187-194.

361 Konrad Hesse fala ainda em “‘colonização’ do direito privado eventualmente operada pela hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais”. *Apud* CANOTILHO, 2001, p. 113.

362 SARLET, 2012, p. 30. Sarlet se posiciona, ao final de seu artigo, da seguinte maneira: “Acima de tudo, resulta importante destacar que entre os possíveis extremos de uma ‘civilização do direito constitucional e uma constitucionalização do direito civil, seja possível trilhar um caminho intermediário, pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se aqui os efeitos nefastos de uma leitura fundamentalista da Constituição, mas especialmente dos princípios e direitos fundamentais. Caso isto seja alcançado (e nos parece ser uma meta perfeitamente atingível) também será viável contornar os — em parte justificados! — receios de um Konrad Hesse ao se pronunciar em relação a uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Com efeito, seguimos convictos de que tanto a Constituição e os direitos fundamentais, quanto o direito privado, nada têm a perder, mas somente a ganhar com uma adequada constitucionalização da ordem jurídica” (p. 30-31).

2.3 A liberdade de expressão e os direitos da personalidade no contexto das biografias nos Estados Unidos: um exemplo a seguir?

Não é novidade para quase todos nós que “a sociedade americana é a mais franca que existe”.³⁶³ Conforme Anthony Lewis, “expressões odiosas e chocantes, políticas ou artísticas, são quase todas livres para ingressar no mercado de ideias [*marketplace of ideas*]”.³⁶⁴ Mas nem sempre foi assim. O entendimento das 14 palavras da Primeira Emenda mudou desde que, em 1798, apenas sete anos após a inclusão da emenda ao texto constitucional, o congresso americano aprovou uma lei que punia comentários desrespeitosos ao presidente.³⁶⁵ No atual estágio de interpretação da primeira emenda nos Estados Unidos, verifica-se a presença de uma teoria mais libertária, sendo comum a importantes precedentes das décadas de 1980 e 1990, ainda hoje não superados, “uma marcante hostilidade em relação ao Estado e uma recusa em reconhecer o papel que o Estado pode desempenhar na liberdade de expressão”.³⁶⁶ A mudança de interpretação que vem sendo verificada não só na Primeira Emenda americana desde sua edição, mas também em nosso contexto nacional da liberdade de expressão e de tantos outros temas, apenas reafirma uma premissa da qual partimos: o direito é uma criação cultural.³⁶⁷ “Juízes não agem no vácuo. São influenciados pelas atitudes da sociedade, e a sociedade, por sua vez,

pode ser influenciada pelo que dizem os tribunais. Assim, a história, o direito e a cultura contribuem para o processo de definição do que a Constituição ordena.”³⁶⁸

Na construção norte-americana da Primeira Emenda, o *Caso New York co. Times vs. Sullivan*, de 1964, constitui um importante precedente, tendo sido dito pela Suprema Corte norte-americana, na ocasião, que “afirmações errôneas são inevitáveis em um debate livre”.³⁶⁹ Os fatos podem ser assim resumidos: o jornal *The New York Times* publicou matéria de página inteira afirmando que o líder pacifista Martin Luther King Jr. fora preso por perjúrio no Alabama como parte de uma campanha para destruir seus esforços para integrar serviços públicos e incentivar os negros a votar. O comissário da cidade (Sullivan) entrou com uma ação de difamação contra o jornal e quatro ministros negros que haviam endossado o anúncio. Alegou o comissário que as alegações contra a polícia de Montgomery o difamavam pessoalmente. O anúncio incluiu declarações, algumas inclusive falsas, sobre a ação policial supostamente dirigida contra os estudantes que participaram de uma manifestação pelos direitos civis e contra o líder do movimento pelos direitos civis.

Na Suprema Corte a decisão fora modificada, em julgamento no qual foi estabelecida a chamada *Times rule*. Segundo a *Times rule*, é necessário mais do que a *mere negligence* para que haja condenação, isto é, é necessário que se conheça a verdade ou que se tenha agido com grave desconsideração pela verdade (“knowing falsehood or reckless disregard for the truth”).³⁷⁰ Equiparam-se, do mesmo lado, o *erro* e a *culpa*, afastando-se em ambos a responsabilidade, que apenas será reconhecida quando houver algum grau de intencionalidade.

Nesse sentido, a *Rule of Law* estabelece que, para se buscar indenização por danos por falsidade difamatória relacionada à conduta de um oficial, deverá haver prova de que a afirmação foi feita com *actual malice* (“verdadeira malícia”) — ou seja, com o conhecimento de que era falsa ou com descaso a respeito da sua veracidade. Esse entendimento inverteu a regra de ônus da prova até então vigente no Estado do Alabama e em outros estados americanos, que sustentavam que qualquer publicação que fosse contestada em uma ação por difamação era presumidamente falsa, cabendo ao responsável pela publicação provar sua veracidade.³⁷¹

No que tange à *defamation*, destaca Silvano Orsi:

O caso inovador *New York Times Co vs. Sullivan*, de 1964, mudou drasticamente a natureza da lei de difamação nos Estados Unidos ao estabelecer que os funcionários públicos poderiam ganhar um processo por calúnia somente se pudessem demonstrar que o editor tinha “*conhecimento de que a informação era falsa*”, e/ou se algo tinha sido publicado “*com imprudência e desrespeito sobre o fato de ser ou não verdadeiro*”. Posteriormente, os casos da Suprema Corte barraram a responsabilidade objetiva por difamação e proibiram aqueles pedidos com “*afirmações tão ridículas, de modo a serem consideradas evidentemente falsas*”. No caso *Gertz vs. Welch*, a Suprema Corte sustentou que a parte autora não poderia ganhar um processo de difamação quando as afirmações em questão fossem “*expressões de opinião*” e não fatos, e a decisão definiu que, “*de acordo com a primeira emenda, não existe ideia falsa*”. Entretanto, a Corte rejeitou a noção de um privilégio de opinião da Primeira Emenda no caso *Milkovich vs. Lorain Journal Co.* No caso *Gertz*, a Suprema Corte também estabeleceu um *means rea* (o elemento mental da transgressão criminosa) ou um requisito de culpabilidade para difamação e disse que os estados não deveriam impor a responsabilidade objetiva, pois isso seria ir contra os direitos da Primeira Emenda. Essa é uma participação significativamente diferente da maioria das outras jurisdições de direito comum, tais como as do Reino Unido, por exemplo, que ainda aplica a responsabilidade objetiva para difamação (tradução nossa).³⁷²

Além disso, destaca-se também:

A maioria dos estados nos EUA reconhecem que algumas categorias de declarações são consideradas difamatórias por si só (*per se*). Assim, as pessoas que fazem uma alegação de difamação para esses tipos de declaração não têm a necessidade de provar que elas eram, de fato, difamatórias. Todos os estados americanos, com exceção do Arizona, Arkansas, Missouri e Tennessee, reconhecem que algumas categorias de falsas declarações são tão nocivas que podem ser consideradas difamatórias por si só. As declarações são difamatórias por si só quando elas falsamente imputam ao autor uma ou mais das seguintes alegações: 1) as alegações ou imputações são “*prejudiciais para o outro em seu comércio, negócio, ou profissão*”; 2) as alegações ou imputações de “*doença repugnante*”; 3) as alegações ou imputações de “*falta de pureza*” (normalmente, apenas no caso de pessoas solteiras e, algumas vezes, mulheres); e 4) as alegações ou imputações de “*atividade criminosa*” (algumas vezes só crimes de infâmia moral). Entretanto, a visão do *Restatement of Torts (second)* reflete uma tendência moderna de tentativa de limitar a categoria de calúnia *per se* para aquelas em que o comentário difamatório resulta da própria publicação, sem nenhuma referência aos fatos externos. Notavelmente, o *Restatement (Second) of Torts* deixa em aberto a questão de saber se uma acusação de *homossexualidade* se enquadra ou não na categoria de calúnia *per se* (tradução nossa).³⁷³

A decisão do *Caso Sullivan* foi posteriormente transposta para outros casos de difamação que não alcançavam oficiais do governo, mas “figuras públicas”, aqui entendidas pessoas universalmente famosas (estrelas da tevê, do cinema, pessoas que se manifestam de forma polêmica sobre alguma questão pública etc.). Também para elas recaiu o pesado ônus da prova da *actual malice*.³⁷⁴

No Brasil, o *standard* do “erro com má-fé”, forte no *Caso Sullivan*, foi defendido pelo Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB) na Audiência Pública realizada no STF, em 21 de novembro de 2013.³⁷⁵ Já o dolo é defendido como critério para condenações judiciais tanto pela doutrina³⁷⁶ quanto pela jurisprudência³⁷⁷, que praticamente equiparam o *dolo* ao *abuso* do direito de informação.

Para além da discussão da honra, “resolvida” de certa maneira com a imputação do ônus da prova nos termos da *actual malice*, a privacidade talvez seja o terreno mais difícil de se percorrer em termos de liberdade de expressão. E a privacidade, assim como a difamação até o *Caso Sullivan*, era considerada fora do âmbito da Primeira Emenda.³⁷⁸

A questão da privacidade foi examinada no precedente *Time, Inc. vs. Hill*, de 1967. De forma bastante resumida, nele o Sr. Hill, patriarca de uma família que havia sido vítima da ação de bandidos, ajuizara demanda contra a publicação de artigo na revista *Life*, na qual a experiência da família que havia sido vítima do crime de cárcere privado era referida como embasadora de uma obra literária (romance) e de outra cinematográfica, as quais, todavia, não contavam a verdadeira história do crime, embora dessem a entender se tratar do mesmo caso verídico. Nesse processo judicial, o fato de se tratarem de pessoas comuns, não de pessoas públicas, e de envolver a sua privacidade, não a sua honra, levou a justiça americana a determinar a indenizabilidade da conduta da ré, a despeito da Primeira Emenda.³⁷⁹

No *Caso Hill*, as leis da privacidade do Estado de Nova York foram invocadas, tendo-se examinado, na perspectiva de um dos quatro conceitos diferentes que a privacidade³⁸⁰ inclui, aquele chamado de “falsa luz”. Na falsa luz, têm-se erros no relato feito, mas sem danos à reputação do retratado (o que ocorre nos casos de difamação).³⁸¹

Em reforma à decisão proferida pela Corte estadual, a Suprema Corte aplicou a mesma ideia do *Caso Sullivan*, afirmando que não se deveria receber indenização por relatos falsos e prejudiciais, a menos que fossem deliberados ou imprudentes. Ou seja, aplicou-se a mesma fórmula da proteção da honra para o caso de proteção da

privacidade, e afastou-se a indenização que havia sido fixada em benefício dos Hill. Constou do voto o seguinte argumento, reproduzido por Lewis:

As garantias para a expressão e a imprensa não são exclusivas da expressão política ou de comentários sobre questões públicas, por mais essenciais que elas sejam a um governo saudável. Basta que se pegue qualquer jornal ou revista para compreender a vasta gama de material publicado que expõe pessoas à observação pública, tanto cidadãos privados como ocupantes de cargos públicos. A exposição de si a outros em graus variados é concomitante à vida em uma comunidade civilizada. O risco dessa exposição é um incidente essencial da vida em uma sociedade que atribui um valor primordial à liberdade de expressão e de imprensa.³⁸²

No tocante à privacidade e às biografias, uma questão a se examinar de modo mais detido diz respeito à revelação de fatos verídicos, porém embaraçosos.

Lewis relata que, durante décadas, os tribunais da Califórnia foram incomumente receptivos a pedidos de indenização por publicação de fatos verdadeiros, porém embaraçosos, como no *Caso Melvin vs. Reid*. Julgado em 1931 — seguido até 1971 —, ele envolvia uma ex-prostituta que havia sido acusada e absolvida de assassinato. Anos depois, tendo sua vida tomado outro rumo, com casamento, filhos e uma posição de respeitabilidade em sua comunidade, foi feito um filme de sua vida, *The red kimona*. A alegação de violação de sua privacidade foi acolhida pela Corte.³⁸³

Em 2001, um importante argumento foi utilizado para a proteção do direito à liberdade de expressão, que se baseava justamente na proteção da privacidade das pessoas. Em *Bartnicki vs. Vopper*, o juiz da Suprema Corte Stephen Bryer, em voto vencido, usou o argumento de que assegurar a privacidade das pessoas em uma conversa (que, portanto, não poderia ter sido gravada por um terceiro e publicada em um veículo de comunicação) não apenas

protegia o seu “direito de ser deixado em paz”, mas também protegia a própria liberdade de expressão, na medida em que “ajuda a superar nossa relutância natural a discutir questões de natureza privada quando tememos que nossas conversas particulares possam tornar-se públicas”.³⁸⁴ Nesse sentido, “As restrições legais, conseqüentemente, encorajam diálogos que de outra forma poderiam não acontecer. Em outras palavras, há um argumento envolvendo liberdade de expressão em favor da proteção da privacidade das conversas”.³⁸⁵

A distinção que opõe Estados Unidos e Brasil na compreensão do tema das biografias pode ser exemplificada com o caso noticiado na imprensa nacional sobre o acordo realizado entre a apresentadora de televisão Luciana Gimenez e o biógrafo americano de Mick Jagger, o jornalista Christopher Andersen. Para que o livro *Mick: a vida selvagem e o gênio louco de Jagger* pudesse ser lançado no Brasil, a editora Objetiva teve de realizar alguns cortes em relação à versão original, lançada em 2012, a partir de uma negociação que não pôde ser detalhada por questões de confidencialidade. O biógrafo, mesmo tendo aceitado o acordo, assim se manifestou:

— Fiquei chocado ao saber que o Brasil proíbe biografias não autorizadas. Como o país pode ser uma sociedade livre sem saber a verdade sobre suas figuras públicas? — protesta o autor. — Depois de 45 anos de carreira e 33 livros, aprendi que a maioria das celebridades mentiu por tanto tempo sobre a própria vida que esqueceu o que é real. Em nenhuma edição estrangeira de meus livros trechos foram suprimidos. A verdade é a verdade. Censura é censura. Qual é o próximo passo, fogueiras de livros? Essas celebridades que defendem causas liberais e depois tentam controlar tudo o que é escrito sobre elas são muito hipócritas. Cada sílaba da biografia é real.³⁸⁶

Não é exagero repetir que, nos Estados Unidos, os direitos da personalidade não encontram eco na mesma medida em que ocorre

no Brasil. Já foi dito, na terra de Marilyn Monroe, em caso no qual se julgava a biografia da atriz, que a biografia de uma pessoa pública é protegida pela Primeira Emenda, não constituindo, dessa forma, “an invasion of that person’s publicity rights” (“uma invasão de direitos de publicidade dessa pessoa”). Destacava-se, ainda, que, por ter sido Miss Monroe “a public person during her lifetime, she had no exclusive right to her life story” (“uma pessoa pública durante a sua vida, ela não tinha o direito de exclusividade de sua história de vida”), e que o trabalho produzido poderia ser considerado de caráter histórico.³⁸⁷

Figura mais recente a ser biografada e declarar seu descontentamento foi o ator Tom Cruise. Em 2008, o escritor Andrew Morton publicou o livro em que o ator era descrito em suas relações pessoais e com a Cientologia, o que levou a declarações de repúdio do ator e da Igreja, bem como a não publicação do livro em países como Nova Zelândia, Austrália e Reino Unido, devido à maior possibilidade de responsabilização nesses países.³⁸⁸ O autor do livro parte do princípio de que não há como separar a pessoa pública da pessoa privada.³⁸⁹

Não se defende, neste livro, a permissão para a publicação de biografias na mesma extensão em que é reconhecida pelos norteamericanos, pelas razões já expostas e pelo que ainda se vai sustentar, especialmente no capítulo 3. Isso não nos impede, todavia, de mais uma vez afirmar que tanto a exigência de autorização prévia como de qualquer outro tipo de autorização³⁹⁰ é, sem dúvida, um caminho inconstitucional para abordar a questão. E que, na ocorrência de casos como esse, em que a obra original sofre cortes em relação à publicada no Brasil, o leitor/consumidor tem o direito

— e biógrafo e editora, o dever — de ser adequadamente informado a respeito da supressão.

363 Frase de abertura do livro de LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 9.

364 *Ibidem*, p. 9. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto, no prefácio à obra de Owen M. Fiss *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, afirmam que o significado da primeira emenda americana jamais chegou a ser tão rigoroso, como na célebre frase do juiz da Suprema Corte Oliver Holmes, no *Caso Schenck vs. United States*, de 1919, quando disse que “os cidadãos não são livres para gritar ‘fogo!’ falsamente dentro de um teatro lotado”. BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3 e 20.

365 LEWIS, *op. cit.*, p. 10. Embora editada em 1791, apenas em 1919 a Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre a 1ª Emenda, com casos envolvendo a constitucionalidade de leis penais que proibiam a divulgação de ideias anarquistas, comunistas ou comentários acerca da participação americana na Primeira Guerra. BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 20-21.

366 *Ibidem*, p. 139-140.

367 Da mesma forma que o direito é uma criação cultural ele também é, em si mesmo, cultura. Conforme Cláudia Lima Marques: “Em outras palavras, se direito é *cultura*, analisar a evolução histórica do direito de um país jovem, ex-colônia, federativo e multicultural como o Brasil, é de certa forma tentar identificar, na base de suas fontes legislativas (*Rechtsquellen*), seus métodos ou técnicas jurídicas (*Rechstechniken*), e suas instituições (*Rechstinstitutionen*), os elementos ou ideias norteadoras a fornecer uma identidade cultural para a nação e seu direito privado”. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17.

368 LEWIS, 2011, p. 11. O autor coloca o problema da liberdade de expressão e os limites da Primeira Emenda da seguinte forma: “Quão desregulamentada queremos realmente que nossa sociedade seja? Onde deve ser traçada a linha divisória entre a liberdade e a ordem?” (p. 10-11).

369 *Ibidem*, p. 33.

370 KALVEN JR., Harry. The reasonable man and the first amendment: Hill, Butts, and Walker. *The Supreme Court Review*, 1967, p. 268.

371 LEWIS, 2011, p. 68-69. Nesse sentido, “o caso *New York Times vs. Sullivan* revolucionou a legislação sobre difamação nos Estados Unidos. O que sempre havia sido uma questão de legislação estadual passou, na maioria dos casos, a depender do direito

constitucional federal. A velha doutrina do *common law* que impunha aos acusados de difamação o ônus de provar a verdade foi revogada; as decisões após o caso *Sullivan* deixaram claro que, para vencer, o querelante tinha de provar a falsidade — e provar a culpa por parte do autor ou responsável pela publicação, e não apenas um erro inocente”. LEWIS, *op. cit.*, p. 74.

372 No original: “The ground-breaking 1964 case *New York Times Co. v. Sullivan* dramatically changed the nature of defamation law in the United States by establishing that public officials could win a suit for libel only if they could demonstrate a publisher’s ‘*knowledge that the information was false,*’ and/or that it was published ‘*with reckless disregard of whether it was false or not.*’ Supreme Court cases later barred strict liability for libel and forbid claims for ‘*statements so ridiculous, as to be patently false.*’ In *Gertz v. Welch*, the Supreme Court held that a plaintiff could not win a defamation suit when the statements in question were ‘*expressions of opinion*’ rather than fact, and the Court stated that, ‘*under the First Amendment, there is no such thing as a false idea.*’ However, the Court rejected the notion of a First Amendment opinion privilege in *Milkovich v. Lorain Journal Co.* In *Gertz*, the Supreme Court also established a *mens rea* or culpability requirement for defamation and said that states may not impose strict liability because that would run afoul of First Amendment rights. This holding differs significantly from most other common law jurisdictions, such as the U.K. for example, which still applies strict liability for defamation.” ORSI, Silvano Domenico. Defamation: tort or crime? A comparison of common law and civil jurisdiction. *The Dartmouth Law Journal*, v. IX:3, p. 19-48, p. 30-31, dez. 2011.

373 No original: “The majority of states in the U.S. recognize that some categories of statements are considered to be defamatory ‘*per se.*’ As such, people making a defamation claim for these types of statements do not need to prove that it was defamatory. All states except Arizona, Arkansas, Missouri, and Tennessee recognize that some categories of false statements are so harmful that they are considered as defamatory *per se*. Statements are defamatory *per se* where they falsely impute to the plaintiff one or more of the following allegations: 1) Allegations or imputations ‘*injurious to another in their trade, business, or profession,*’ 2) Allegations or imputations of ‘*loathsome disease;*’ 3) Allegations or imputations of ‘*unchastity*’ (usually only in the case of unmarried people and sometimes women); and 4) Allegations or imputations of ‘*criminal activity*’ (sometimes only crimes of moral turpitude.) However, the Restatement (Second) of Torts view reflects a modern trend toward limiting the *per se* category of slander to those where the defamatory remark is apparent from the publication itself, without any reference to extrinsic facts. Notably, the Restatement (Second) of Torts expressly leaves open the issue of whether an accusation of *homosexuality* falls into the *per se* category”. ORSI, Silvano Domenico. Defamation: tort or crime? A comparison of common law and civil jurisdiction. *The Dartmouth Law Journal*, v. IX:3, p. 32, dez. 2011.

374 LEWIS, 2011, p. 76.

375 Ver nota de rodapé nº 252.

- 376 Em comentário ao REsp nº 1.021.688/RJ, em que se discutia a existência ou não de lesão indenizável à honra do ex-jogador de futebol Edmundo, chamado de “Animal” em matéria publicada pela revista *Veja*, Maria Celina Bodin de Moraes destacou: “Enfim, quase um desenlace dos demais critérios, verifica-se ainda se houve intenção de ofender ou abuso do direito de informar. Isto porque, na medida em que se agiu no exercício do direito de expressão, não havendo excesso ou dolo, resumindo-se ao direito-dever de informar, não há de se configurar o dever de indenizar não obstante a ofensa sentida pela parte. A rigor, o ressarcimento do direito à honra só ocorre quando tiver havido abuso do direito de informar, fazendo-se o público se imiscuir indevida, injusta ou inveridicamente no ambiente inviolável da vida privada do indivíduo. Na feliz síntese da Min. Nancy Andrighi: ‘A honra e a imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público’” (2011, p. 603).
- 377 Ex. STJ, 4ª T., REsp nº 706.769, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 27/4/2009.
- 378 LEWIS, *op. cit.*, p. 82.
- 379 KALVEN JR., Harry. The reasonable man and the first amendment: Hill, Butts, and Walker. *The Supreme Court Review*, 1967, p. 270-273.
- 380 Uso de imagem sem permissão, “falsa luz” (como a ficcionalização da história real de alguém), invasão (do espaço de alguém, como o uso de escuta) e publicação de fatos privados verídicos, porém embaraçosos. LEWIS, 2011, p. 90-91.
- 381 *Ibidem*, p. 84.
- 382 LEWIS, 2011, p. 87.
- 383 *Ibidem*, p. 93-94.
- 384 *Ibidem*, p. 97.
- 385 *Ibidem*, p. 97-98.
- 386 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/apos-acordo-confidencial-com-luciana-gimenez-editora-suprime-trechos-de-biografia-de-jagger-14510220>>. Acesso em: 20 nov. 2014.
- 387 Volunteer Lawyers for the Arts. Constitutional rights. *HeinOnline*, 5 Art & L. 46, 1979-1980.
- 388 Matéria veiculada pelo jornal *Folha de S.Paulo* relata que o livro fora proibido no Reino Unido, na Austrália e na Nova Zelândia em razão de leis anticalúnia, tendo sido, por outro lado, publicado nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0106200819.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2013.
- 389 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,tom-cruise-astro-ou-monstro,186141,0.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2013.
- 390 Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, em prefácio à obra de Deborah Sztajnberg, sugere, para um futuro projeto de lei no Brasil, que o biógrafo conceda ao biografado, dentro de um prazo de 45 dias, a possibilidade de este ler os seus originais e redigir um texto, de até 10% da extensão da obra biográfica, em que possa apresentar seu

descontentamento, sua versão e/ou suas críticas. Conforme defende, tal medida traria benefícios ao público sem acarretar qualquer perda a biógrafos e biografados. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Prefácio. In: SZTAJNBERG, Deborah. *Cala a boca já morreu: a censura judicial das biografias*. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2015, p. 8.

2.4 Os direitos da personalidade na narrativa de histórias de vida: do merecimento de tutela à abusividade

Não vamos partir da suposição de que a vida se manifesta de maneira mais plena nas coisas que costumamos considerar grandes do que naquelas que costumamos considerar pequenas.

Virgínia Woolf

Talvez para a maioria das pessoas a publicação de uma obra biográfica seja evidentemente mais benéfica à sociedade do que a sua proibição. Isso porque os danos (aqui ainda não caracterizados como indenizáveis ou injustos) provocados à honra, ao nome, à imagem ou à privacidade perpetrados não as atingem de forma direta, senão apenas enquanto membros do conjunto social.³⁹¹

Parece-nos adequada a constatação de Hans Jonas, ao afirmar: “É de se duvidar que alguém, alguma vez, tenha feito o elogio da saúde sem pelo menos ter visto o espetáculo da doença, o elogio da decência sem ter encontrado a patifaria, e o da paz sem conhecer a miséria da guerra”.³⁹² E segue, defendendo o seguinte argumento: “O que nós *não* queremos, sabemos muito antes do que aquilo que queremos. Por isso, para investigar o que realmente valorizamos, a filosofia da moral tem de consultar o nosso medo antes do nosso desejo”.³⁹³ Nesse sentido, para a maioria de nós o perigo das violações não é real, não nos assusta. O perigo da limitação da

liberdade, esse nos é mais próximo. Se não pelo aspecto da escrita de uma biografia (o próprio ato de biografar), pela perspectiva de seu acesso e leitura.

Por outro lado, no entanto, há a questão de empatia, como capacidade de sentir uma emoção que nós achamos que outra pessoa está sentindo.³⁹⁴ Para alguns autores, a empatia é uma precondição para a aprovação ou desaprovação moral.³⁹⁵ Prinz aponta que, “se usássemos a empatia como um guia epistêmico, seríamos mais propensos a condenar a esposa insensível de um bom amigo, do que a condenar o líder de um regime homicida do outro lado do planeta”. Embora nesse exemplo pareça evidente a desproporção entre os fatos em julgamento, afirma Prinz que “isso é precisamente o que ocorre”. Ou seja, “Nós somos grotescamente parciais àqueles próximos e queridos”.³⁹⁶

No caso específico das biografias, a empatia pode levar a julgamentos mais favoráveis à privacidade e aos demais direitos da personalidade do que à liberdade de expressão. Verificar-se-ia um posicionamento menos libertário, nesse sentido, pois a ofensa, o insulto ou simplesmente o inconformismo do retratado têm um rosto que cada um — e também o julgador — identifica e pode com ele se solidarizar.³⁹⁷

Curioso, nesse contexto, mostra-se o relato do autor da biografia *Roberto Carlos em detalhes*³⁹⁸, que fora proibida de circular após acordo judicial em ação proposta pelo biografado (nas esferas cível e criminal) contra o biógrafo e a editora. A atitude de Roberto Carlos de proibir sua biografia, porquanto não autorizada, é absolutamente incompatível com o fato de ter sido justamente Roberto Carlos o autor do prefácio da biografia também não autorizada de Frank Sinatra, quarenta anos antes. Conforme Araújo,

Anunciada como “a obra mais completa até hoje escrita sobre o homem, o cantor, o ator, o astro de primeira magnitude”, a biografia *Sinatra: romântico do século XX* é de autoria do crítico norte-americano Arnold Shaw, que também não teve acesso ao artista. Ou seja: é uma biografia não autorizada.³⁹⁹

Em seu prefácio, Roberto Carlos escrevera:

Este livro é um relato sincero e vigoroso da vida de um menino filho de imigrantes, simples e humilde, que por força de seu próprio talento e muita vontade de vencer, galgou os mais altos lugares da hierarquia artística de seu país... Um criador de beleza e encantamento que muito ajudou a mostrar e pôr em destaque a importância da música popular no conjunto atual das comunicações de massa. Sua vida é uma mensagem de força e coragem, livre-iniciativa, ideias, coleguismo e senso profissional. Um relato que deve ser lido por todos os jovens (dos oito aos oitenta).⁴⁰⁰

Quatro décadas depois, estando Roberto Carlos na mesma situação de seu ídolo Frank Sinatra, o cantor opõe-se fortemente à publicação de uma biografia sobre sua vida, mesmo sem tê-la lido — como afirmou o próprio cantor em mais de uma oportunidade. Se a tivesse lido, veria que os mesmos elogios feitos por ele ao cantor norte-americano lhe são dirigidos no livro escrito pelo historiador Paulo Cesar de Araújo. Os títulos dos capítulos, que seguem tendo por fio condutor as músicas do compositor e intérprete Roberto Carlos, expressam o encantamento e o respeito do biógrafo pelo artista e pelo ser humano.⁴⁰¹ Nas páginas finais da biografia, arremata o biógrafo, comparando seu personagem a Frank Sinatra:

Há quem diga que tudo se deve ao carisma ou ao fato de ele jamais confrontar alguém, seja outro artista, uma instituição moral, governamental ou política. Talvez seja mesmo difícil compreender a razão do sucesso permanente e grandioso de artistas como Roberto Carlos, Beatles, Elvis Presley, Frank Sinatra. No caso de Roberto, as explicações por vezes caminham também pelo lado do misticismo, *dom da graça divina*, ou pelo lado do ocultismo, *força estranha*. Na verdade, a resposta é mais fácil do que parece, pois as razões do sucesso de Roberto estão aqui na Terra

mesmo, embora todos pareçam não querer enxergá-las. Uma delas, efetivamente, é a qualidade e força de seu repertório de canções, especialmente as que compôs com Erasmo Carlos.⁴⁰²

[...]

Muitas vezes, Roberto Carlos chora, mas é um choro de desabafo, não de derrota. Sim, porque de fato, apesar de tudo, ele jamais se sente vencido.⁴⁰³

[...]

Pelo ser humano que é, talvez o rosto triste que ilustra a capa de seus discos demonstre o que impulsiona o artista. Realmente, não existe ninguém mais apropriado do que Roberto Carlos para cantar os versos de “se chorei ou se sorri / o importante é que emoções eu vivi”.⁴⁰⁴

Nesse exemplo, verifica-se que a contradição demonstrada no comportamento de Roberto Carlos sugere uma ausência de empatia do artista — e mesmo a sua incoerência, traço comum do próprio ser humano —, o que, no entanto, não elimina o argumento. O que se pretende sustentar neste momento é a importância da empatia para julgamentos morais, bem como, na mesma medida, a capacidade que ela tem de desqualificar a discussão no debate de temas polêmicos, como é o das biografias.

Superadas essas perspectivas (do medo quanto à limitação da liberdade e do julgamento por empatia), um dos cuidados que se impõem ao jurista para a análise do merecimento de tutela sobre qualquer fato — destacando-se, aqui, o foco na produção biográfica — é o de não cair nas teias do método teórico-geral, utilizado, como aponta Perlingieri, tanto pela escola do direito natural como pela doutrina do direito de Savigny e mesmo pela escola histórica de Ihering.⁴⁰⁵

Isso porque, ao deduzir os conceitos (e preceitos) jurídicos das normas segundo procedimentos de abstração, considerando

irrelevante o dado de fato, a “*fattispecie* concreta”⁴⁰⁶, incorre-se em juízos incompletos e superficiais sobre o merecimento de tutela de uma dada situação fática, o que se deve evitar mesmo em face da proteção de valores de alta hierarquia no sistema constitucional, como a liberdade de expressão e de criação intelectual e os direitos da personalidade. Com efeito, não é pelo enunciado normativo de lei que se delimita a interpretação, senão a interpretação que delimita aquele, não se podendo perder de vista que “o discurso jurídico tende a aperfeiçoar-se na relação texto-contexto, na qual é lícito buscar mecanismos metajurídicos como recurso válido ao processo de compreensão”.⁴⁰⁷ Quando em confronto se encontra o valor liberdade⁴⁰⁸, ainda mais evidente se torna o risco de uma visão generalista e de exasperado dogmatismo, “na busca de conceitos gerais e abstratos”, na medida em que “acaba por fornecer uma visão *parcial* e ao mesmo tempo *estática* do fenômeno jurídico”, de maneira que “além da norma não existiria direito e do direito seria possível somente uma consideração ‘conceitual’”.⁴⁰⁹

Pugna-se, portanto, na esteira de Perlingieri, por uma aplicação, em todas as hipóteses, do chamado “ordenamento do caso concreto”, que levará em conta a complexidade do ordenamento jurídico e a necessidade de que os conceitos dele extraídos se adéquem à realidade jurídica no seu desenvolvimento histórico, o que inclui limites de tolerabilidade de certas invasões. O fenômeno jurídico, em todos os seus aspectos (conceitual, normativo etc.), é tanto *jurídico* como histórico-sociológico, sendo que “a estreita inter-relação entre valores em contínuo devir e experiência jurídica implica que ‘o *jurídico* de um tempo não é mais aquele de um tempo sucessivo’”.⁴¹⁰ Por outro lado, também não se deve ceder a um multiculturalismo

regressivo que justifica qualquer coisa em nome de tradições e normas locais.⁴¹¹

É com essa visão que se passa a examinar cada um dos direitos da personalidade que seguem, aos quais, na esteira da doutrina civilista que afasta tendências jusnaturalistas em nome de um pós-positivismo, se nega o qualificativo de inatos. Ganharão destaque os direitos extraídos das normas dos artigos 20 e 21 do CCb, sem com isso afirmar-se sua taxatividade ou inabalável autonomia, senão que tentar compreender os limites impostos também pela expressão da dignidade humana à liberdade de biografar.

Uma biografia não será merecedora de tutela⁴¹² quando afrontar categoricamente (após análise ponderativa, que levará em conta os critérios apontados no capítulo seguinte) os direitos a seguir examinados⁴¹³, sendo de destacar que nem sempre essa violação será por meio da ilicitude (seja pela ilicitude *stricto sensu* do art. 186, seja ilicitude pelo abuso do direito do art. 187, ambos do CCb), podendo estar amparada pelo art. 188 do CCb, que prescreve não constituir ato ilícito aquele praticado no exercício regular de um direito. Com efeito, hipóteses há, como nos exemplos do *Caso Miterrand*⁴¹⁴ e em muitas biografias romanceadas⁴¹⁵ — em que se verifica perigosa confusão entre realidade e ficção — nas quais o não merecimento de tutela passa ao largo de qualquer configuração de abusividade ou ilicitude em sentido estrito. Em tais casos, não é nem pela causação de dano culposos (art. 186 do CCb), nem pela violação aos fins sociais ou econômicos do ato, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do CCb) que a biografia deverá ser vetada, mas sim pela ponderação segundo a qual, dadas as circunstâncias fáticas do caso em análise, os direitos a seguir analisados são mais fortemente ofendidos do que a própria liberdade.⁴¹⁶

391 Em *Direito de danos* afirma-se, especialmente em relação à responsabilidade objetiva, que o dano provocado a um integrante da coletividade é como se fosse um dano a toda a sociedade. “Qualquer dano, embora aparentemente obedecendo a um caráter individualista, interessa ao corpo social.” VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 87.

392 JONAS, 2006, p. 71.

393 *Ibidem*, loc. cit.

394 PRINZ, Jesse. Contra a empatia. Trad. Flora Tucci, Alexandra Oliveira e Rodrigo Tavares. In: STRUCHINER, Noel et al. (Coord.). *Ética e realidade atual: implicações da abordagem experimental*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2011, p. 126.

395 *Ibidem*, p. 126. Para Prinz, no entanto, julgamentos morais são constituídos por emoções como admiração e raiva mais do que por empatia. A empatia é tendenciosa, não se mostrando uma ferramenta adequada para a moralidade. *Ibidem*, p. 148-149.

396 *Ibidem*, p. 140.

397 Nesse sentido, parece verdade, como têm apontado estudiosos sobre o tema da liberdade de expressão e seus conflitos com os direitos da personalidade, partindo da análise das decisões judiciais no Brasil e no direito comparado, que, no país, “parece intuitivo que a empatia do julgador tende a favorecer o ofendido (direito à honra e à imagem) em prejuízo daquele que ofendeu (liberdade de expressão)”. LEITE, Fábio Carvalho. *Liberdade de expressão e direitos da personalidade: (novos) fundamentos para a posição preferencial da liberdade de expressão nos conflitos com o direito à honra e à imagem* (Mimeo).

398 ARAÚJO, Paulo Cesar de. *Roberto Carlos em detalhes*. São Paulo: Planeta, 2006.

399 *Idem*, 2014, p. 214-215.

400 *Ibidem*, p. 214.

401 A biografia vem assim dividida: Cap. 1. “Força estranha no ar: Roberto Carlos e o rádio”, Cap. 2. “*Little darling*: Roberto Carlos e a turma do subúrbio”, Cap. 3. “Fora do Tom: Roberto Carlos e a bossa nova”, Cap. 4. “Daqui pra frente tudo vai ser diferente: Roberto Carlos e o rock”, Cap. 5. “Jovens Tardes de Domingo: Roberto Carlos e a televisão”, Cap. 6. “Parei na Contramão: Roberto Carlos e a MPB”, Cap. 7. “O mais certo das horas incertas: Roberto Carlos e Erasmo Carlos”, Cap. 8. “Quando eu estou aqui: Roberto Carlos e o palco”, Cap. 9. “Illegal, imoral ou engorda: Roberto Carlos e a transgressão”, Cap. 10. “Vou cavalgar por toda a noite: Roberto Carlos e o sexo”, Cap. 11. “Todos estão surdos: Roberto Carlos e a política”, Cap. 12. “Como vai você: Roberto Carlos e os compositores”, Cap. 13. “Amante à moda antiga: Roberto Carlos e o amor”, Cap. 14. “Uma luz lá no alto: Roberto Carlos e a fé”, Cap. 15. “Faço no tempo soar minha sílaba: Roberto Carlos e o sucesso”.

402 ARAÚJO, Paulo Cesar de. *Roberto Carlos em detalhes*. São Paulo: Planeta, 2006, p. 491.

403 ARAÚJO, 2006, p. 492.

404 *Ibidem*, loc. cit.

405 PERLINGIERI, 2008, p. 192.

406 *Ibidem*, loc. cit.

407 ROCHA, Fernando Antônio Dusi. *O problema da verdade: literatura e direito*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2010, p. 25.

408 De um dado ponto de análise é “tão só” a liberdade que se encontra em confronto em suas opostas perspectivas: a liberdade do biografado e a liberdade do biógrafo.

409 PERLINGIERI, 2008, p. 192.

410 ORESTANO *apud* PERLINGIERI, 2008, p. 193.

411 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

412 Sobre merecimento de tutela e licitude, veja-se: SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, p. 35-91, 2012; e SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, v. 58, p. 75-110, 2014. No que tange ao tema das biografias, o autor bem afirma, no item 5, p. 100 deste artigo, que: “Do mesmo modo, nos casos de colisão entre privacidade e liberdade de expressão, a dificuldade não está nos casos em que as pretensões do biógrafo ou do biografado se revelassem ilícitas ou abusivas, mas sim nas hipóteses em que as instâncias de controle negativo não permitam indicar a qual pretensão será negada a tutela jurídica”.

413 Direitos esses sobre os quais a *mediatização* da vida política, social e cultural vem produzindo alterações qualitativas no seu sentido e alcance, surgindo perigos tradicionais como a morte cívica ou a destruição da personalidade. ANDRADE *apud* MACHADO, 2002, p. 746.

414 Conforme já se disse, algumas páginas atrás, a CEDH entendeu justificada a proibição de venda do livro, em procedimento de urgência, logo após a morte do ex-presidente, porquanto *naquele momento a família padecia de um grande sofrimento, que foi potencializado pela revelação do segredo*. Apenas por essa razão, a qual revela situação excepcional, que a Corte entendeu, pela análise *in concreto* dos direitos contrapostos, em negar tutela à liberdade de expressão.

415 Assim também: DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 146.

416 Em parecer doutrinário sobre o tema das biografias, Ana Paula de Barcellos defende a “necessidade de ponderação caso a caso”, excluindo os modelos extremos segundo os quais, de um lado, é afirmada a prevalência quase absoluta do direito à liberdade de expressão e, do outro, se reconhece um direito potestativo do indivíduo de definir o que integra a sua intimidade. BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e pessoas notórias. Liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre direitos fundamentais. Ponderação, caso concreto e acesso à justiça. Tutelas específica e indenizatória (parecer doutrinário, esp. p. 37 *et seq.*). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140522-01.pdf>>. Acesso em: 10

jul. 2014.

2.4.1 Da narração à violação da honra

A construção jurídica dos direitos da personalidade⁴¹⁷, especialmente quanto à proteção da privacidade — sua mais ampla representação —, encontra suas bases no reconhecimento do direito à honra. Na França, ao mesmo tempo em que se reconhecia, em fins do século 18, a importância da liberdade de imprensa, também se entendia indispensável conferir às pessoas cuja vida privada fosse violada alguma fonte legal contra insultos.⁴¹⁸

A centralidade ocupada pelo valor honra levou à sua tutela tanto pelo direito civil como, especialmente, pelo direito criminal,⁴¹⁹ que, no Brasil, encontra suporte nos tipos penais da Calúnia, da Difamação e da Injúria. Tais espécies, cujos conceitos foram adotados pela doutrina civilista, preveem ainda, para algumas hipóteses, a exceção da verdade⁴²⁰ e ensejam também a responsabilização civil nos termos do art. 953 do CCb: “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”.⁴²¹

Na configuração do crime de calúnia, uma primeira pergunta que se traz à discussão é se o editor de uma biografia, bem como os demais envolvidos na cadeia de publicação, poderiam ou não se enquadrar na hipótese do art. 138 do CP, além do próprio biógrafo (autor do texto). E, também relativamente à calúnia, será que as biografias não poderiam ainda, em sendo *post mortem*, ensejar punição nos termos do § 2º do referido art. 138?

Tais questionamentos, embora pertinentes, tendem a encontrar resposta negativa. E um primeiro argumento para afastarmos a penalização encontra-se no fato de que a tendência contemporânea tem sido a de ampliar os espaços ocupados pela responsabilidade

civil e diminuir o terreno da responsabilização penal⁴²², forte na ideia de um direito penal mínimo.⁴²³ Com efeito, se no passado a proteção da honra necessitou efetivamente de um enquadramento penal, tendo em vista a ausência de uma tutela explícita e efetiva no direito civil codificado, hoje essa realidade se alterou, especialmente com o Código Civil de 2002, que dispensa um capítulo aos direitos da personalidade, a despeito de todas as críticas levadas a efeito pelos civilistas⁴²⁴ à legislação em vigor.

Além do forte argumento da tendência atual de descriminalização de condutas, de aceitação de uma maior liberdade de comportamento (o que inclui ideias e a expressão intelectual), é de se ressaltar a dificuldade da prova no processo penal, especialmente no que tange ao elemento subjetivo dolo. No que se refere ao crime de calúnia, exige-se, nos termos do art. 138, § 1º, o dolo direto na forma *saber falsa a imputação*.

Ainda no que toca à tipificação, dispõe o art. 142 do CP, relativamente às disposições comuns, que: “Não constituem injúria ou difamação punível: [...]. II — a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando *inequívoca* a intenção de injuriar ou difamar” (grifo nosso).

Relativamente a esse dispositivo, é possível ver nele uma importante excludente aplicável ao gênero literário biografia para o efeito de excluir a existência de responsabilização criminal, embora não afaste a necessidade de uma atenção especial na abordagem dos crimes que envolvem ofensas à honra. É notório que o argumento da responsabilização criminal tem servido, frequentemente, de mecanismo gerador de ameaças diante da possibilidade de publicações que desagradem biografados e/ou seus familiares no Brasil, configurando uma séria afronta às liberdades de escritores e

editores e ao sistema legal vigente. Utilizado, não de forma excepcional, como mecanismo de barganha no momento da escrita biográfica, dele resulta a produção do que se tem convencionado chamar “biografias chapa-branca”.⁴²⁵

Evidentemente, não se nega a possibilidade de que, em determinados casos, possa existir a intenção de injuriar ou difamar o biografado ou algum dos retratados na obra, presunção da qual não se parte. Nesse sentido, a prova da intenção deverá ser feita pelo ofendido, a quem caberá tal ônus tanto no processo penal como no processo civil. A premissa, conforme apontou o Desembargador Relator do julgado que liberou a biografia *Lampião, o mata sete*, é de que o escritor se encontra amparado pelo interesse público ao narrar uma história como a de Lampião. No caso específico do “Rei do Cangaço”, os herdeiros questionavam a ofensa à reputação que teria sido praticada pelo autor, ao tratar da sexualidade do cangaceiro tanto no livro como nas entrevistas que concedeu a esse respeito. Do voto condutor de uma das apelações cíveis constou que

A vida do cangaceiro Lampião e de sua mulher Maria Bonita sempre foi cercada de muita polêmica, pois, para muitos, o Rei do Cangaço foi o maior dos facínoras, enquanto para outros representava o verdadeiro Robin Hood do sertão, mas, divergências à parte, o fato é que, qualquer escrito sobre a vida do casal causa interesse público.

E é nesse interesse público que o autor do livro *Lampião, o mata sete*, encontrou uma forma de divulgar seus estudos, e que ao meu ver é feita de uma forma jocosa, sem o dolo específico de ofender a honra da autora.

[...]

Nesse contexto, não se vislumbra o dano moral pretendido, mormente quando se trata de figura pública, e por verificar que na entrevista o réu não agiu no intuito doloso de ofender, abordando o tema da sexualidade de Lampião e do suposto

adultério de Maria Bonita de forma espirituosa, e com trechos, por vezes, hilariantes.⁴²⁶

A necessidade deste “ânimo de ofender” para fins de responsabilização é afirmada em uma série de outras decisões jurisprudenciais⁴²⁷, inclusive do STJ⁴²⁸, e se afigura um bom parâmetro de análise da legitimidade da conduta do agente.

Já sob a perspectiva da vítima, outro ponto precisa ser destacado no estudo da honra: a sua tradicional qualificação em subjetiva e objetiva, em uma dicotomia que é constantemente afirmada por grande parte da doutrina e da jurisprudência, mas que representa um obstáculo ao desenvolvimento de seu estudo, conforme destaca Antônio dos Reis.⁴²⁹ Para ele, a ideia de uma *honra normativa*, definida não pela circunstância de ser subjetiva ou objetiva, mas sim por meio da adoção de regras específicas ou de ponderação, observado o ordenamento jurídico global e o direito ao respeito que todo indivíduo tem, seria mais eficaz na preservação do valor supremo da dignidade da pessoa humana.⁴³⁰

Com efeito, atrelada à ideia de dignidade pessoal, a *honra subjetiva* limita a compreensão da dignidade humana (cláusula geral de tutela da pessoa prevista no art. 1º, III, da CF/88), desta afastando a chamada honra objetiva (e todos os demais “atributos” da personalidade). Por sua vez, equiparada à noção de imagem-atributo, perde a *honra objetiva*, justamente aquilo que a qualifica, na medida em que a violação da imagem, ao contrário da honra, nem sempre possui caráter negativo.⁴³¹

Em verdade, partindo da dignidade com apoio na igualdade, o conteúdo da honra repousa na pretensão de *respeito* inserido dentro do *contexto social* e que resulte em repercussão necessária na *esfera social*, devido a toda pessoa humana enquanto tal, pelo simples fato de existir como ser racional autônomo e, dessarte, detentor de

dignidade, prescindindo de referência expressa à reputação, bom nome ou boa fama.⁴³²

É nesse sentido que a honra se fundamenta e ao mesmo tempo se distingue da dignidade, pois esta, sob a nova roupagem constitucional e de inspiração kantiana, embora contenha intrinsecamente o *direito ao respeito*, vai muito além do *respeito social* — núcleo duro do direito à honra —, abrangendo também o respeito à integridade psicofísica da pessoa humana, que pode ser violada sem necessariamente ofendê-la no meio social, como o faz o clássico exemplo da tortura.⁴³³

Exemplos de trechos ofensivos à honra em biografias não são raros, bastando pensar em relatos biográficos de presidentes e torturadores do regime militar brasileiro ou de personagens de nossa história política acusados de cometer irregularidades e crimes.⁴³⁴ Assim como não o são aqueles em que a imagem dinâmica do biografado ou de terceiro é retratada de modo não condizente com a “sua verdade”, como nas atribuições equivocadas de ideologias, crenças, pensamentos, orientação sexual, preferências etc.⁴³⁵ A questão que irá se apresentar para o intérprete é: será suficiente a presença de um pequeno trecho, parágrafo, passagem ou frase ofensiva à honra ou a algum dos infra-analisados direitos da personalidade em uma obra biográfica para suscitar a ilegalidade da publicação e sua consequente retirada do mercado com imputação de responsabilidade civil e até mesmo criminal a seu autor e à editora? Essa questão será retomada no capítulo terceiro, na subseção 3.6.1.

⁴¹⁷ Ainda que a título ilustrativo, cabe destacar os três eixos sobre os quais o termo *personalidade* funciona em uma compreensão psicanalítica lacaniana (tomado o termo de Ramón Fernandez), a saber: 1. como *desenvolvimento biográfico*, a personalidade se traduz na maneira pela qual o sujeito vive a sua história; 2. como *concepção de si mesmo*, a personalidade assinala a forma como ele leva à consciência imagens de si próprio; e 3. como *tensão das relações sociais*, a personalidade exprime o valor representativo pelo qual o sujeito se sente afetado em relação ao outro. ROUDINESCO, Elisabeth. *Jacques*

Lacan: esboço de uma vida, história de um sistema de pensamento. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 69.

418 WHITMAN, James Q. *The two western cultures*, *op. cit.*, p. 1172. Se por um lado a construção do direito à privacidade teve a proteção à honra como base em países como França e Alemanha, o mesmo não ocorreu nos Estados Unidos. *Ibidem*, p. 1207. Provém daí a distinção entre os conceitos de privacidade como dignidade (dos europeus) e privacidade como liberdade (e autonomia, dos norte-americanos), sendo que o primeiro relacionaria, conforme Jeffrey Rosen, privacidade à ideia de respeito (“respect that we owe each other as member of a common community”). POST, Robert. C. Three concepts of privacy. *Georgetown Law Journal*. Washington, DC: Georgetown University Law Center, p. 2086-2098, esp. p. 2092, jun. 2001. Disponível em: <findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200106/ai_n8995411?tag=rel.res3>. Acesso em: 10 jun. 2012.

419 REIS, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. *civilistica.com*, a. 2, n. 2, 2013, p. 9.

420 “Calúnia Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º - É punível a calúnia contra os mortos. *Exceção da verdade* § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. *Difamação* Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. *Exceção da verdade* Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. *Injúria* Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.”

421 A calúnia, em especial, ofende, além do direito à honra, o direito à verdade. MIRANDA, 1956, p. 49.

422 Essa tendência de enfraquecimento da proteção penal em relação à honra em países como França e Alemanha foi constatada por MACHADO, 2002, p. 765.

423 Na contramão dos estudos e das decisões pretorianas em torno da responsabilização criminal no Brasil parece andar, todavia, o Projeto de reforma do Código Penal (PLS

236/2012), que em seu capítulo IV trata dos crimes contra a honra e, em certa medida, reforça a criminalização contra a liberdade de expressão, tornando crime a difamação também contra a pessoa jurídica (art. 137, § 1º) e transformando em tipo autônomo a ofensa à honra ou à memória de pessoa morta (art. 139). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>.

Acesso em: 10 nov. 2014.

424 Assim, exemplificativamente, em: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*.

425 Um bom exemplo de tais ameaças foi referido pelo site *Adorocinema* ao comentar o filme-documentário produzido sobre João Havelange. Segundo o site, o biógrafo Ernesto Rodrigues acompanhou a rotina do presidente de honra da FIFA em um escritório no Rio de Janeiro, em congresso da organização realizado em Marrakech, visitou a sede da FIFA em Zurique e entrevistou 170 pessoas em vídeo ou áudio. Concluído o trabalho de escrita em 2006, o autor enviou a João Havelange o material original para que ele pudesse comentá-lo. Mais do que isso, o biografado desautorizou o texto, por considerá-lo crítico e malicioso, ameaçando-o de uma ação judicial. Disponível em: <<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-223814/curiosidades/>>. Acesso em: 10 dez. 2014. Por fim, o livro acabou sendo publicado em 2007, e um documentário foi produzido a partir destes encontros de revisão com o biografado. Segundo Ernesto Rodrigues, *Jogo duro — a história de João Havelange* “foi o livro possível, mas não o livro que eu queria fazer. Poderia ser diferente se não houvesse essa pressão e esse trauma que o documentário mostra agora. Me senti um pouco como um jornalista que trabalha sob ameaça da censura”. Disponível em: <<http://cinema.uol.com.br/noticias/redacao/2013/10/25/documentario-mostra-ameacas-de-joao-havelange-e-analisa-biografias.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

426 TJSE. Ap. Cível nº 201415771. Rel. Des. Cezário Siqueira Neto, j. 30/9/2014. Apelação cível relativa à entrevista concedida sobre o livro.

427 Exemplificativamente, em decisão do TJRJ no caso Dalva e Herivelto, referiu o Des. Relator: “Outrossim, e do ponto de vista moral, a simples menção ao terceiro marido da cantora Dalva, dissociada de qualquer dolo, culpa ou abuso de direito não pode implementar o dever de indenizar”. TJRJ. Ap. Cível nº 118642-75.2010.8.19.0001, Rel. Des. Pedro Freire Raguene, j. 7/3/2012.

428 Assim, exemplificativamente, no Recurso Especial julgado pela 3ª Turma nº 1.334.357/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 16/9/2014, no qual se entendeu, em ação indenizatória por danos morais movida pela PUC-SP, que o réu, em entrevista concedida a uma emissora de rádio, teve o *ânimo de ofender* a instituição quando declarou que haveria parcela de responsabilidade desta por crime de grande repercussão nacional (*Caso Richtofen*), pois, desviando-se do que lhe fora perguntado pelo entrevistador, o réu teria passado a tecer considerações desabonadoras a respeito de suposto comportamento permissivo e incentivador do uso de determinada droga por

parte da referida instituição de ensino.

429 REIS, 2013, p. 10.

430 *Ibidem*, p. 24.

431 Destaca Carlos Affonso Pereira de Souza que “Honra e imagem são bens jurídicos correlatos, dado que se referem ao aspecto moral da pessoa, contudo, os dois não se confundem”. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, p. 33-71, esp. p. 50-51, jan./mar. 2003.

432 REIS, *op. cit.*, p. 23. E segue o autor: “É por esse motivo que se defende a interpretação do art. 20 do Código Civil conforme o direito civil inserido na legalidade constitucional, reputando-se à boa fama a característica de um requisito facultativo, que pode ou não estar presente, importando apenas a identificação da ofensa à honra, cujo conteúdo se encerra na respeitabilidade social, ressaltando para o fato de que a tutela do direito à imagem não depende da violação do direito à honra”.

433 REIS, 2013, p. 24.

434 Exemplificativamente, citam-se as seguintes biografais: *Castello — a marcha para a ditadura*, de Lira Neto, Ernesto Geisel, organizado por Maria Celina D’Araújo e Celso Castro, *Marighella — o guerrilheiro que incendiou o mundo*, de Mário Magalhães, e *Dirceu: a biografia*, de Otávio Cabral.

435 Exemplificativamente, na biografia de Roberto Carlos, um pensamento preconceituoso é atribuído à Família Machado de Carvalho, que comandava a TV Record na década de 1960: “Malgrada a tentativa de ter a rainha do rock no comando do novo programa [*Jovem Guarda*] os produtores tiveram que repensar o projeto inicial. [...] Embora enfraquecido depois da recusa de Celly, o nome de Sergio Murilo chegou a ser cogitado para ser o principal apresentador. Entretanto, em conversa com o autor, três ex-funcionários da TV Record disseram que na última hora a família Machado de Carvalho teria vetado o cantor, porque não queria um homossexual no comando de um programa de música jovem da emissora. ‘Isto nunca ocorreu’, afirmou Paulinho de Carvalho ao autor. ‘Porque, se fôssemos vetar Sergio Murilo por ser homossexual, teríamos vetado também o cantor Agnaldo Rayol, que era nosso contratado. Nunca houve veto algum a homossexual na TV Record’”. ARAÚJO, 2006, p. 129-130.

2.4.2 Da narração à violação da identidade pessoal: os direitos ao nome, à imagem-retrato e à imagem-atributo

No mundo social (que é também o mundo do Direito), o nome constitui uma instituição totalizante e de unificação do eu.⁴³⁶ Ainda conforme Pierre Bourdieu, em todas as suas histórias de vida possíveis, já que diversos são os campos onde o sujeito (“agente”) intervém,

é o nome próprio [...], com a individualidade biológica da qual ele representa a forma social instituída, que assegura a *constância através do tempo e a unidade através dos espaços sociais* dos diferentes *agentes* sociais que são a manifestação dessa individualidade nos diferentes campos, o dono de empresa, o dono de jornal, o deputado, o produtor de filmes etc. (grifo nosso).⁴³⁷

O nome, diz Bourdieu, “atesta a identidade da *personalidade*, como individualidade socialmente constituída”, ainda que “à custa de uma formidável abstração”. A compreensão dessa abstração referida pelo autor fica clara em seus exemplos de Proust, o qual faz uso, em suas personagens, do nome próprio precedido do artigo definido, como em “o Swann de Buckingham Palace”, “a Albertina de então”, “a Albertina encapotada dos dias de chuva”, mostrando este fracionamento do sujeito em seus múltiplos eus.⁴³⁸

Juridicamente, a importância primordial do nome está em servir como sinal designativo, que permite a individualização da pessoa humana. Por essa razão, constitui um dos direitos mais essenciais da personalidade⁴³⁹, aqui entendidos a partir de um “conceito elástico”⁴⁴⁰, porquanto abrangem um número ilimitado de hipóteses. A tutela da personalidade não pode ser fracionada em *fattispecies*

fechadas, mas sim concebida de forma unitária, dado o seu fundamento — a unidade do valor da dignidade da pessoa.⁴⁴¹

Entendido o nome como um *direito da personalidade* e que, ao mesmo tempo, *atesta a identidade da personalidade*, seu uso em relatos biográficos é frequentemente questionado, tendo como argumentos principais: 1. o uso irregular do nome alheio com o fim promocional, isto é, no sentido de que o biógrafo e seu patrocinador, a editora, estariam se promovendo e promovendo o seu produto, o livro, com base em um direito de outrem; 2. em tais relatos o nome do biografado é exposto ao desprezo público e ao ridículo pelo que na obra é contado.

Relativamente ao primeiro argumento, o uso do nome parece que tem sido confundido, em relatos de caráter biográfico (e aqui vamos ficar adstritos, por questões metodológicas, às biografias), com o uso do nome para fins publicitários. O art. 18 do Código Civil expressamente exige a autorização prévia para o uso do nome alheio em “propaganda comercial”. Uma obra literária e histórica, como conceituamos a biografia no capítulo primeiro, não se enquadra na vedação do art. 18 por essa razão. O nome do biografado não é “usado em propaganda comercial”, ele é parte do objeto de pesquisa e estudo da obra final, esta sim colocada no mercado com fins também, mas não exclusivamente (ou mesmo primordialmente), comerciais.⁴⁴²

Estender a vedação presente no art. 18 do Código Civil para as biografias é equiparar dois produtos da expressão humana de valores distintos e que, também pelo constituinte, foram assim considerados. As criações publicitárias, ainda que constituam manifestação da expressão artística, obedecem, primordialmente, a finalidades de mercado e de concorrência, tendo surgido de uma necessidade pós-

Revolução Industrial, já que naquele tempo, tendo-se alcançado a possibilidade da produção em larga escala, passou a ser necessário dar conhecimento da existência, preço e qualidade desses produtos aos potenciais interessados. É daí que surge o marketing. Outro, evidentemente, é o sentido da criação na seara das biografias, como amplamente abordado no capítulo primeiro. A questão da necessidade de autorização para as publicações biográficas ainda será objeto de análise mais aprofundada (subseção 2.4.3.1), mas já ressaltamos que a autorização de que trata o art. 18 do Código Civil não pode se confundir com a discussão hoje travada em torno da autorização para a publicação de biografias no Brasil.

No que se refere ao segundo argumento, também não se reconhece como aplicável às biografias o art. 17 do Código Civil, que afirma não se poder empregar o nome de outrem em publicações e representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Conforme já se examinou no capítulo precedente, na elaboração da obra biográfica, cuja intenção nunca é difamatória (se é, então não pode ser entendida como biografia nos termos do capítulo 1), pode ocorrer de algumas passagens narradas exporem o biografado ao desprezo público, porquanto não só de gloriosos momentos é feita a vida de qualquer pessoa. Nesse sentido, ou bem se reconhece legitimidade às biografias de modo geral, ou bem se proíbe que publicações e representações exponham, em alguma medida, o nome de outrem ao desprezo público. Neste livro, seguimos a linha de entendimento daqueles que compreendem que não pode ser dado todo o peso ao nome (assim como aos demais direitos da personalidade aqui examinados, como a privacidade). Demonstrando opinião intermediária no que se refere à tutela do

nome, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o seu uso é “permitido em várias hipóteses, independentemente de autorização; assim, por exemplo, nas citações em obras científicas e culturais e nas críticas literárias, mesmo quando desfavoráveis”.⁴⁴³

O nome, embora objeto de um direito autônomo e principal referência da identidade individual⁴⁴⁴, está fortemente associado ao direito à imagem, na medida em que constitui ao lado dele expressão da identidade da pessoa humana. À guisa de exemplo, assim decidiu o STJ em caso no qual se julgou a inclusão indevida de nome de médicos em guia orientador de plano de saúde. Diante do fato, a Corte entendeu violado o direito ao nome e à imagem (dinâmica) do médico, determinando o dever de indenizar do recorrente Gestão de Saúde Ltda. (e Outros). Constatou-se que

O nome é um dos atributos da personalidade, mediante o qual é reconhecido o seu portador, tanto no campo de sua esfera íntima quanto nos desdobramentos de suas relações sociais. Ou seja, é através do nome que se personifica, individua e identifica exteriormente uma pessoa, de forma a imporem-lhe direitos e obrigações [...]. O uso do bom conceito profissional de que gozam os médicos na área da saúde, mediante a indevida inclusão de seus nomes, constitui dano presumido à imagem, gerador de direito à indenização, salientando-se, aliás, inexistir necessidade de comprovação de qualquer prejuízo.⁴⁴⁵

No Brasil, à diferença do que vem ocorrendo na Itália desde a década de 1970, o direito à identidade não encontra autonomia dentre os direitos da personalidade, sendo visto como um direito que envolve outros direitos, estes sim de autonomia reconhecida tanto em doutrina quanto em jurisprudência e também na própria lei desde o Código Civil de 2002. Assim, o direito à identidade, visto como “o direito a que a projeção social da própria personalidade não sofra deturpações ou distorções devido à atribuição de ideias, opiniões ou comportamentos diferentes daqueles que o indivíduo

expressou na sua vida de relações”⁴⁴⁶, encontra proteção primordialmente por meio do direito à imagem. Esta, possuindo tanto uma feição estática (a chamada imagem-retrato) quanto uma feição dinâmica (a chamada imagem-atributo, ligada à “descrição do caráter da pessoa”)⁴⁴⁷, dará guarida à proteção deste “direito de ser si mesmo”⁴⁴⁸, ainda que muitas críticas sejam feitas à forma como, no texto civil, se tratou da questão no enunciado do art. 20 do CCb.⁴⁴⁹

Historicamente, o direito à imagem foi reconhecido no paradigmático caso do príncipe Otto von Bismarck, no século 19. Nesse se reconheceu, *post mortem*, o direito à imagem do estadista germânico, morto em 1898. O fato que deu ensejo à decisão da Corte alemã foi a entrada de dois jornalistas na câmara funerária de sua residência para fotografar o corpo e posteriormente vender as imagens. Os herdeiros de Bismarck, no entanto, conseguiram impedir o seu uso, por meio de decisão do *Reich (Reichsgerichtshof)* de 28 de dezembro de 1899, fundamentada na entrada ilegal dos fotógrafos na propriedade privada de Bismarck.⁴⁵⁰ O caso influenciou a legislação que veio a ser aprovada em 1907 relativamente aos Direitos Autorais sobre Belas Artes e Fotografias na Alemanha (KWG)⁴⁵¹, a qual fixou o prazo de 10 anos para a proteção *post mortem* dos direitos de imagem, e é lembrado por toda doutrina como um importante marco no estudo dos direitos da personalidade.⁴⁵²

Nesse período, no entanto, a distinção entre imagem-retrato e imagem-atributo não se encontrava suficientemente compreendida e, portanto, sistematizada. Conforme destaca Giorgio Pino, é importante lembrar que na Alemanha, mesmo contemporaneamente, os únicos direitos da personalidade autonomamente reconhecidos pela ordem jurídica são o nome e a

imagem.⁴⁵³ Na Alemanha, a construção de um “direito à identidade pessoal” deu-se por meio do reconhecimento do direito à imagem (dinâmica), isto é, à imagem existencial⁴⁵⁴, conforme aponta Giorgio Pino a partir do famoso *Caso Mephisto*:

O fundamento da decisão foi uma analogia com a proteção do direito à imagem, estendendo a tutela da imagem como um conjunto de características físicas do indivíduo para a imagem <existencial> da pessoa, a projeção social da sua personalidade contra representações deformadas processadas por terceiros. Reconhecida a relevância constitucional do direito à imagem existencial da pessoa como uma questão de direito de personalidade geral foi possível afirmar que a tutela deste bem justificava a compressão de outro valor constitucional importante, a liberdade da arte: mesmo não sendo ilícita, em linha de princípio, uma obra de arte inspirada em histórias de pessoas reais, a proteção da pessoa, no entanto, foi considerada preeminente no caso de a reelaboração artística dos acontecimentos resultar deformante em relação à realidade histórica (tradução nossa).⁴⁵⁵

Os tribunais italianos criaram, por seu turno, o chamado “direito à identidade pessoal”, de caráter supostamente mais amplo e aglutinador, para tratar desse aspecto da pessoa humana.⁴⁵⁶ Nesse sentido, segundo a doutrina brasileira:

O direito à identidade pessoal contemplaria, então, duas instâncias: uma estática e outra dinâmica. A identidade estática engloba os direitos ao nome, à origem genética, à identificação biofísica e à imagem-retrato; a identidade dinâmica refere-se à *verdade biográfica* e ao estilo individual e social, isto é, à imagem-atributo, àquilo que a diferencia e singulariza em sociedade. Alguns autores, neste último sentido, falam de “direito à paternidade de seus próprios atos” (grifo nosso).⁴⁵⁷

O conceito de identidade é difícil de se definir. Dentre os quatro sentidos dados pelo *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, o de “identidade pessoal” é definido como “caráter de um indivíduo [...] de quem se diz que ele é ‘o mesmo’ em diferentes momentos de sua existência: a identidade do eu”.⁴⁵⁸

Essa possibilidade humana de se reinventar, de se transformar a partir de escolhas próprias e independentemente de justificativas ou concessões, também é tutelada por meio do chamado “direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, de matriz alemã, mas que encontra respaldo nos ordenamentos jurídicos tutelares da pessoa humana, expressa ou implicitamente. No § 2º da Constituição alemã, expressamente se lê: “cada um tem direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade, desde que não viole os direitos alheios, o ordenamento constitucional ou a lei moral”. Na Constituição italiana, também o art. 2º dispõe: “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais nas quais se desenvolve a sua personalidade”.

No Brasil, foi com os incisos V e X do art. 5º da CF/88 que se revelaram, respectivamente, os dois “perfis” da imagem: imagem-retrato e imagem-atributo.⁴⁵⁹ Tanto em uma como em outra, tem-se que a divulgação não autorizada, por si só, viola o direito da personalidade do retratado, independentemente da comprovação de qualquer outro prejuízo. A jurisprudência do STJ já se posicionou sobre a questão, conforme exemplifica o seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. DANO MORAL DECORRENTE DE DIVULGAÇÃO DE IMAGEM EM PROPAGANDA POLÍTICA. Configura dano moral indenizável a divulgação não autorizada da imagem de alguém em material impresso de propaganda político-eleitoral, independentemente da comprovação de prejuízo. O STJ há muito assentou que, em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de se cogitar da prova da existência concreta de prejuízo, uma vez que o dano se apresenta *in re ipsa*. Ademais, destaca-se ser irrelevante o fato de a publicação da fotografia não denotar a existência de finalidade comercial ou econômica, mas meramente eleitoral.⁴⁶⁰

No tocante à imagem-retrato, mesmo já sendo público o fato divulgado juntamente com a imagem, esta poderá ser tida por

violada toda vez que ocorrerem novas divulgações da mesma reprodução.⁴⁶¹ Tal não se confunde com suposto direito autoral sobre a própria imagem, como pleiteou, sem sucesso junto à Corte Superior brasileira, a atriz Deborah Secco. No REsp nº 1.322.704/SP, o Relator, Ministro Luís Felipe Salomão, defendeu não haver direito autoral perceptível pela modelo que se submete a ensaio fotográfico, porquanto “a titularidade da obra pertence ao fotógrafo, e não ao fotografado”. Segundo o bem lançado entendimento da Turma julgadora, “a modelo fotografada não goza de tal proteção, porque nada cria. Sua imagem comporia obra artística de terceiros. No caso, a modelo seria titular de outros direitos, relativos à imagem, honra e intimidade”.⁴⁶²

Essa ampla proteção, no entanto, não é irrestrita. Um importante limite — ao lado da liberdade de expressão em sentido amplo — é a vedação ao abuso, cometido, não esporadicamente, por alguns herdeiros (e eventualmente seus procuradores)⁴⁶³ de figuras proeminentes da nossa cultura.

Caso bastante noticiado foi o dos herdeiros do poeta Manuel Bandeira, que até o momento contam com duas derrotas no Poder Judiciário do Rio de Janeiro. Uma delas, em 2010, quando o TJRJ julgou improcedente a ação ajuizada em face da publicação do livro *Olho da rua*, do fotógrafo José Medeiros, em que havia uma foto do poeta com o escritor Orígenes Lessa.⁴⁶⁴ A outra, mais recente, julgada em primeira instância pela 36ª Vara Cível do Rio de Janeiro, também teve negado o pedido de indenização formulado pela família, que alegava perdas com o lançamento não autorizado do curta-metragem *O poeta do castelo*, do cineasta Joaquim Pedro de Andrade. A decisão do magistrado apontou o seguinte:

Ocorre que o poeta foi apenas o tema do filme, sendo a obra de autoria de Joaquim Pedro de Andrade, não tendo havido nova utilização das imagens e da locução anteriormente feita pelo poeta, tratando-se do mesmo filme, restaurado e lançado em DVD, sem qualquer alteração, sendo o suporte diferente daquele utilizado na época do seu lançamento por razões de atualização técnica, que a lei vigente à época atribuía exclusivamente a Joaquim Pedro de Andrade a autoria sobre a obra, inclusive quanto aos trechos recitados pelo poeta, razão pela qual cabe exclusivamente aos herdeiros do autor os direitos autorais.⁴⁶⁵

Em outra obra, o livro de memórias do poeta e jornalista Lêdo Ivo, *Vento do mar*, o problema se deu quanto à utilização de fotos do arquivo do escritor e amigo de Bandeira, notadamente uma rara imagem dele com bigode. Os herdeiros de Bandeira teriam cobrado um valor exorbitante para a reprodução das imagens, e o livro espera para ser publicado, pois não houve um acordo.⁴⁶⁶

Casos como esse mais uma vez demonstram a necessidade de se encontrarem parâmetros de ponderação para a análise de magistrados, bem como de editores, escritores, detentores dos direitos e herdeiros, de modo a que obras de caráter jornalístico, histórico e literário não sucumbam quer ao argumento desmedido do “direito pelo direito” — que não raro é gerador de abusos⁴⁶⁷ —, quer ao raso argumento da “existência de finalidade comercial ou econômica” da publicação, sem outras análises paralelas.

Por fim, reconhece-se, contemporaneamente, nas existências vividas na web em suas diversas possibilidades, tanto para pessoas públicas como para anônimos, que a identidade “se torna ‘nômade’”.⁴⁶⁸ Mais do que as contradições e incoerências próprias do ser humano, o espaço virtual amplia as possibilidades para as diversas vidas que antes apenas podiam ser experimentadas na criação artística. A “identidade nômade” traz, portanto, um agravador para o problema das biografias. Afinal, qual das

personalidades deve-se “levar em conta” no momento da narrativa pelo biógrafo? Ou melhor, o fato de vivermos em um tempo no qual, cada vez mais, as identidades pessoais podem ser múltiplas não constitui mais uma razão a permitir a produção de biografias para além das autorizadas pelo próprio autor, na medida em que plurais são as leituras que se podem fazer do percurso de vida do biografado?

436 BOURDIEU, Pierre. A ilusão biográfica. In: AMADO, Janaína; FERREIRA, Marieta de Moraes (Org.). *Usos e abusos da história oral*. 8. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 186.

437 *Ibidem*, loc. cit.

438 *Ibidem*, p. 187.

439 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A tutela do nome da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 149. Hoje compreendido como um direito da personalidade humana, os quais não se realizam “através de um esquema fixo de situação jurídica subjetiva — o direito subjetivo —, mas sim por meio de uma complexidade de situações subjetivas, que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo ou como autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado — enfim, qualquer acontecimento ou circunstância (*rectius*, situação) juridicamente relevante” (BODIN DE MORAES, 2010, p. 126), o nome já foi visto, na seara jurídica, como simples “designação da personalidade”, e não um direito em si, sendo esta mesma “um complexo de direitos” [subjetivos] e não, tampouco, um direito (BODIN DE MORAES, 2010, p. 151).

440 *Ibidem*, p. 127.

441 *Ibidem*, p. 126.

442 Não é incomum que atividades humanas, comportamentos sociais, efeitos jurídicos etc. tenham finalidades primárias e secundárias, como, a título de exemplo, se verifica na responsabilidade civil. Embora a função primária desse instituto seja a de reparar ou compensar danos, também se verifica na atribuição do dever de indenizar uma função, finalidade ou efeito secundário preventivo e até mesmo sancionatório.

443 BODIN DE MOARES, 2010, p. 154.

444 Conforme Adriano De Cupis, na década de 1950, o direito à identidade se decompunha em direito ao nome, direito ao título e direito ao sinal figurativo. DE CUPIS, 1961, p. 165-308. Foi a partir da década de 1970 que na Itália, país de De Cupis, a cultura jurídica passou a reconhecer um caráter dinâmico a este direito, também denominado pela doutrina italiana de “l’interesse alla individualità personale” ou “l’interesse alla verità personale”, “il diritto all’identità morale”, “il diritto ad essere se stessi” ou ainda “falsa luce agli occhi del pubblico”. É nesse sentido, da autonomia do direito à identidade pessoal

em relação ao nome e a outros direitos, que Giorgio Pino defendeu sua tese de doutoramento que resultou na obra *Il diritto all'identità personale: interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Bologna: Il Mulino, 2003. No Brasil, defendeu tese de doutoramento nesse mesmo sentido Raul Cleber da Silva Choeri, que resultou no livro *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010 e, em nível de mestrado, Ligia Fabris Campos. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado — PUC-Rio. Orientadora Maria Celina Bodin de Moraes, 2006. Em ambos os trabalhos acadêmicos um “direito à identidade pessoal” foi fundamentado na cláusula geral de tutela da pessoa humana do art. 1º, III, da CF/88.

445 STJ. REsp. nº 1.020.936/ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17/2/2011.

446 PINO, 2003, p. 9.

447 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 215, v. I.

448 Veja-se SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, p. 33-71, p. 40 *et seq.*, jan./mar. 2003.

449 Dentre outros, BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94.

450 RODRIGUES JR., 2013, p. 114-117.

451 “Lei Referente ao Direito Autoral sobre Obras das Artes Plásticas e Fotografia: § 23 (Direito à própria imagem, normas de exceção) (1) Independentemente do consentimento exigido na forma do § 22, podem ser divulgadas ou expostas, publicamente: 1. imagens do âmbito da história contemporânea; 2. imagens, nas quais as pessoas aparecem meramente como coadjuvantes em uma passagem ou em outros ambientes; 3. imagens de reuniões, desfiles e outros acontecimentos, nos quais as pessoas representadas figurem; 4. imagens que não são produzidas sob encomenda, desde que a sua divulgação ou exposição sirvam a um elevado interesse da arte. (2) A permissão não se estende, porém, a uma divulgação e exposição, por meio da qual foi ofendido o legítimo interesse da pessoa representada, ou, no caso de esta estar falecida, de seus familiares.” BARRETO, 2010, p. 143-144.

452 RODRIGUES JR., *op. cit.*, p. 116-117. É importante destacar que na Alemanha os direitos da personalidade são protegidos por meio do reconhecimento de um “direito geral da personalidade”, que se emancipou do direito autoral no que tange a publicações indesejadas na década de 1950, por meio da decisão “Carta do Leitor”, de 1954, proferida pelo BGH. BARRETO, Wanderlei de Paula. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 41, p. 136, jan./mar. 2010.

453 PINO, 2003, p. 46.

454 *Ibidem*, p. 46-47.

455 *Ibidem*, p. 47. No original: “Alla base della decisione fu posta un’analogia con la tutela del diritto all’immagine, estendendo la tutela dell’immagine intesa come insieme dei tratti somatici dell’individuo all’immagine <esistenziale> della persona, alla proiezione sociale della sua personalità nei confronti delle rappresentazioni deformati elaborati da terzi. Una volta accertata la rilevanza costituzionale del diritto all’immagine esistenziale, come aspetto del diritto generale della personalità, fu possibile affermare che la tutela di questo bene giustificava la compressione di un altro valore costituzionale rilevante, quale la libertà dell’arte: pur non essendo illecita, in line di principio, un’opera d’arte ispirata a vicende di persone reali, la tutela della persona fu tuttavia considerata preminente qualora la rielaborazione artistica di quelle vicende fosse risultata deformate rispetto alla realtà storica”.

456 Para um estudo mais detalhado na ordem jurídica italiana, confirmam-se, na obra de Giorgio Pino, especialmente seus capítulos III e IV, nos quais aborda, respectivamente, o seu itinerário jurisprudencial e o debate doutrinário a respeito do tema. PINO, *op. cit.*

457 BODIN DE MORAES, 2010, p. 138.

458 CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2012, p. 266.

459 ARAÚJO, Luiz Alberto David de. A proteção constitucional da própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 81 *apud* CAMPOS, 2006, p. 108.

460 STJ. REsp. nº 1.217.422/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas, julgado em 23/9/2014. No mesmo sentido é o REsp nº 1.135.543/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 22/5/2012, cuja ementa resume: “DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FOTOGRAFIA DO AUTOR, NA PASSEATA LGBT, EM SÃO PAULO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A ausência de juntada, com a inicial, da reportagem publicada em portal de Internet na qual consta fotografia dos autores na manifestação popular favorável à causa LGBT, na Avenida Paulista, não impede o conhecimento da ação que pleiteia indenização, desde que demonstrada a repercussão social do fato. 2. A Internet é um veículo de comunicação fluído. Uma página acessível em um dia pode perfeitamente ser irre recuperável pelo cidadão no dia seguinte. Para o administrador do Portal que a publicou, contudo, tanto a matéria quanto a foto são sempre perfeitamente recuperáveis. Assim, ainda que, pelo critério de distribuição estática, o ônus da prova quanto à existência e o conteúdo da reportagem seja do autor, na hipótese dos autos é admissível promover-se uma distribuição dinâmica desse ônus, de modo que a juntada da reportagem seja dispensada. 3. É lícito a uma pessoa se autodeterminar, apoiando a causa LGBT ou mantendo-se neutro. Se os autores optam por manterem-se neutros, sua foto relacionada à passeata LGBT dá lugar a reparação por dano moral. 4. O valor da indenização por dano moral só comporta revisão nesta sede em situações de claro exagero ou excessiva modicidade. 5. Recurso especial não provido”. Veja-se, ainda, em relação à imagem-atributo (ou identidade pessoal) e à questão das escolhas existenciais o quanto acima foi dito acerca da biografia de Lampião — *Lampião, o mata sete* — em que se afirmou a homossexualidade do rei do cangaço.

⁴⁶¹ BARROSO, 2007b, p. 79.

⁴⁶² STJ. REsp nº 1.322.704/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 23/10/2014.

⁴⁶³ Conforme relatou *Terra Magazine*, uma das herdeiras do poeta teria dito que “a situação da gente é complicada, porque a gente nem sabe, não tem conhecimento”, referindo-se às demandas judiciais ajuizadas pelo agente literário Alexandre Teixeira, que, segundo Maria Helena Cordeiro de Souza Bandeira, teria “autonomia total pra decidir essas coisas todas”. Disponível em: <<https://entrestantes.wordpress.com/2011/12/13/a-arte-de-manuel-bandeira-x-ganancia-contemporanea/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

⁴⁶⁴ TJRJ. Ap. Cível nº 269599-93.2007.8.19.0001, Rel. Des. Pedro Raguene, j. 1/12/2010.

⁴⁶⁵ Disponível em: <<https://entrestantes.wordpress.com/2011/12/13/a-arte-de-manuel-bandeira-x-ganancia-contemporanea/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

⁴⁶⁶ Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/o,,OI4893545-EI6581,00-Ledo+Ivo+herdeiros+famelicos+prejudicam+obra+de+Bandeira.html>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

⁴⁶⁷ Interessante paralelo traçou Rebeca Garcia ao abordar o “efeito paralisante” da “cultura da autorização” (referida por Bruno Lewicki), aproximando as discussões que cercam a reforma da Lei de Direito Autoral com a exigência de autorização para publicações de obras biográficas, lembrando o texto do Anteprojeto de Lei apresentado (hoje PL 3.133/2012 da Câmara dos Deputados), que, em seu art. 52-B, prescrevia: “O Poder Judiciário poderá autorizar o uso de obras literárias ou de artes visuais sempre que, ao exercer seus direitos patrimoniais, o herdeiro ou sucessor do autor da obra exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, prejudicando o seu acesso ou fruição pela sociedade”. GARCIA, 2012, p. 51.

⁴⁶⁸ RODOTÀ, 2008, p. 120.

2.4.3 Da narração à violação da privacidade

É corrente na doutrina a afirmação de que foram os juristas americanos quem primeiro defenderam um “direito à privacidade”, cujo marco foi o sempre lembrado artigo publicado na *Harvard Law Review*, no ano de 1890, por Samuel Warren e Louis Brandeis e intitulado *The right to privacy*. Nele, defendiam os autores, “a general right to privacy” como “a principle from which may be invoked to protect the privacy of the individual from invasion either by the too enterprising press, the photographer scenes or sounds”.⁴⁶⁹ Mas também foram os norte-americanos, por outro lado, os pioneiros em relação a esse assédio da vida privada. Relata-se que, poucos anos antes, em 1886, jornalistas americanos acamparam em um prado diante da casa onde se hospedava o então presidente americano Grover Cleveland, para obter notícias sobre sua noite de núpcias.⁴⁷⁰

Ainda que as ideias presentes no artigo de Warren e Brandeis demonstrassem o receio de que se perdesse a capacidade que cada pessoa tem de controlar a “representação de si mesma” (*presentation of self*) — portanto patente em sua origem a ideia de *respeito como privacidade* em sentido similar ao que veio a se construir na Europa —, o direito à privacidade desenvolvido nos Estados Unidos não foi o mesmo modelo continental europeu surgido especialmente na França no século 19.⁴⁷¹ Nem o mesmo que se adotou no Brasil, que seguiu mais de perto esse modelo, no qual vigora o sentido de privacidade como direito à imagem pública, como respeito interpessoal, em uma estreita conexão entre privacidade e personalidade.

Segundo Whitman, ainda que, em teoria, o direito à privacidade proclamado pelos referidos autores no século 19 faça parte da lei em todo lugar nos Estados Unidos, sua importância hoje, na prática, é pequena, demonstrando uma relativa falta de sucesso das ideias lá expressadas. Em realidade, afirma Whitman,

Na verdade, é melhor pensar no “delito” de Warren e Brandeis não como uma grande inovação americana, mas como um transplante continental sem êxito. Pois, embora os doutrinadores não tenham conseguido reconhecer, o que os dois autores se propuseram a fazer foi justamente introduzir a proteção da privacidade continental para a América. Não é novidade que Warren e Brandeis trabalharam em um mundo de respeitabilidade em Boston muito próximo da alta sociedade europeia do final do século 19. Warren era um Brâmane de Boston, filho de uma das famílias socialmente dominantes da cidade. Brandeis era filho de imigrantes judeus boêmios que fugiram para os Estados Unidos depois de 1848. O artigo deles foi escrito num acesso de indignação com as reportagens de jornais sobre uma festa dada pelos Warrens, e o principal alvo eram as páginas de fofocas da “imprensa marrom”, a qual Warren e Brandeis estavam convencidos de que representava um novo fenômeno (tradução nossa).⁴⁷²

Tanto na Europa como no Brasil, a proteção legal da privacidade desenvolveu-se como proteção à dignidade, decorrente de uma legislação sobre injúria, e não como proteção à liberdade.⁴⁷³ Na análise de Whitman, que reconhece na construção da ideia de dignidade europeia não apenas a importância dos abusos do período fascista, mas acima disso a afirmação de que, com o tempo, passou a ser inaceitável que certas pessoas pudessem desfrutar de proteção legal por sua dignidade enquanto outras não⁴⁷⁴, destaca o professor de Yale: “What the continental law of privacy express is the fundamental social importance of a commitment to extend royal treatment to everyone”.⁴⁷⁵

Contemporaneamente, esse assédio à vida privada e à intimidade⁴⁷⁶ (para usar os termos de nossa Constituição Federal e do Código

Civil)⁴⁷⁷ é tratado sob uma perspectiva um tanto diversa do que fora nos primeiros tempos do direito à privacidade na segunda metade do século 19.⁴⁷⁸ Hoje fala-se largamente em um direito à proteção dos dados pessoais (que podem ser tanto de pessoas físicas como jurídicas), os quais afetam a sua “autodeterminação informativa”⁴⁷⁹, seja em relação a agentes públicos, seja em relação a privados. Ocorre, a partir disso, uma evidente ampliação do chamado “direito de estar só” (proteção estática, de caráter negativo), uma vez que o direito à privacidade passa a significar o *controle* do próprio sujeito sobre a maneira como os outros utilizam as informações a seu respeito, de forma a evitar discriminações, simplificações do sujeito, objetivações e avaliações fora de contexto.⁴⁸⁰ Da mesma forma, protege-se o que se tem chamado de “direito de não saber”^{481, 482} e o “direito ao segredo da desonra”⁴⁸³, expressões dessa ampliada privacidade (proteção de caráter dinâmico, positiva) — “que ninguém parece ter qualquer ideia clara sobre o que seja”.⁴⁸⁴ A privacidade ganha o sentido de *pessoal*, não necessariamente *secreto*.⁴⁸⁵

Zygmunt Bauman, ao falar das “estranhas aventuras da privacidade” em *44 cartas do mundo líquido moderno*, afirma a necessidade de se reconhecer o “direito a manter segredos”. Conforme diria Georg Simmel, o sigilo, embora parte integrante da privacidade, também é uma *relação social*, no sentido de que “aquilo que é intencionalmente ou não *escondido* deve ser intencionalmente ou não *respeitado*”. Assim, conclui Bauman ao final da carta,

O segredo não é apenas uma ferramenta de privacidade, útil para recortar um espaço inteiramente nosso, um instrumento para nos isolar de companheiros intrusos, desagradáveis e por isso mesmo importunos; também é uma poderosa ferramenta de *união*, de construir o sentimento de integração, de criar os mais fortes *laços inter-humanos* conhecidos e concebíveis.

Confidenciando nossos segredos a um pequeno grupo de pessoas selecionadas, “especiais”, tecemos redes de amizade na internet, indicamos e conservamos nossos “melhores amigos”, ao mesmo tempo em que bloqueamos a todos os demais o acesso a essas intimidades; criamos e mantemos vínculos incondicionais e permanentes; como num passe de mágica agregados frouxos de indivíduos são transformados em grupos integrados e fortemente unidos. Em suma, recortam-se enclaves do mundo dentro dos quais o complicado e doloroso conflito entre a adesão e a autonomia é afastado de uma vez por todas; nesses enclaves, as escolhas entre o interesse privado e o bem-estar dos outros, entre altruísmo e egoísmo, entre autoestima e cuidado com o outro param de atormentar e deixam de fomentar e atizar dores de consciência.⁴⁸⁶

Na privacidade — termo acerca do qual existe uma grande divergência terminológica tanto na doutrina⁴⁸⁷ quanto na jurisprudência e na legislação, sendo de registrar que aqui adotaremos o sentido mais amplo possível e que englobaria as noções de vida privada, dados pessoais e intimidade —, incluem-se, portanto, os elementos da intimidade, como aqueles que são pertinentes ao lar da pessoa, aos seus objetos pessoais, como móveis, utensílios, roupas etc. Mas também tudo aquilo que diz respeito à sua forma de pensar e de agir.

Nesse sentido, como lembra Rodotà ao reconhecer que, sob o impulso dado por Louis Brandeis, a proteção à privacidade também foi vista como livre manifestação de opiniões, surge um paradoxo já antes referido: se por um lado a privacidade resguarda, por outro ela sustenta o direito à liberdade (de crença, de opinião, de manifestação artística etc.), em uma aproximação inter-relacional entre privacidade e liberdade.⁴⁸⁸

E aqui é de destacar-se, especialmente, o direito-liberdade de criação artística e intelectual do autor (proteção à privacidade do biógrafo). Sendo assim, também o artista e o intelectual devem ser protegidos no seu direito de personalidade como direito de livre

criação⁴⁸⁹ e, como consequência, no seu direito de não ser injuriado ao exercer essa liberdade, como se verifica toda vez que um autor é acusado de “usurpador da história alheia” e aproveitador, por supostamente querer apenas lucrar com a fama de seu biografado, como rotineiramente se tem noticiado no Brasil.

Para estudiosos alemães, a legislação sobre injúria, unida ao direito à livre criação artística, constituem as bases de um sólido direito à personalidade, que no século 19 ensejará uma inovação no que tange à sensibilidade dos juristas para os interesses imateriais.⁴⁹⁰ Verifica-se, nessa medida, que, especialmente em havendo o reconhecimento de um gênero como o biográfico, deixar de se reconhecer o direito do autor à livre (o que não significa ilimitada) criação artística e intelectual é restringir aprioristicamente um direito seu de personalidade, reconhecido constitucionalmente no art. 2º da Constituição alemã de 1949 e afirmação germânica da ideia de liberdade.⁴⁹¹

Defende-se, portanto, que é parte também do direito à privacidade e do reconhecimento de um direito geral de personalidade a *liberdade de criação*, a qual chamará para o criador toda proteção constitucional e infraconstitucional não apenas no tocante aos direitos da personalidade ligados à esfera psíquica de proteção e promoção da pessoa humana, mas também no que tange aos *direitos de autor* (esfera intelectual), hoje, no Brasil, positivados na Lei nº 9.610/1998, que vêm sendo objeto de uma série de reflexões e novas propostas por parte de diferentes setores sociais.⁴⁹²

A partir de todas essas constatações, já antes afirmadas no capítulo 1, será possível reconhecer um núcleo intangível de privacidade? Se afirmativo, o que o definiria?

Gomes Canotilho, Jonatas Machado e Gaio Júnior reconhecem que mesmo figuras públicas têm direito a um “núcleo duro de privacidade e intimidade”, leia-se território no qual a liberdade alheia não encontra espaço e no qual não procede a *exceptio veritatis* como justificativa para a invasão da privacidade.⁴⁹³ Ainda que esse seja o entendimento prevalecente na doutrina dos países democráticos que valorizam a proteção da pessoa humana em seus sistemas jurídicos, questão ainda mais relevante passa a ser: o que define este “núcleo duro” intangível à atuação de terceiros?

Para Whitman, o senso do que deve ser mantido “privado” e o que pode ser tornado público difere de sociedade para sociedade, como demonstra na comparação entre as sociedades norte-americana, francesa e alemã. E, nesse sentido, questiona: “Se a privacidade é uma necessidade humana universal que promove um direito fundamental, por que ela toma tão desconcertante diversidade de formas?”.⁴⁹⁴ Mas, na sequência, explica o autor: “Imagine invasões em sua privacidade, o argumento funciona”.⁴⁹⁵ E continua: “Considerando que as violações de privacidade parecem intuitivamente horríveis para qualquer pessoa, o argumento se sustenta, salvaguardando a privacidade como um imperativo legal da mesma forma que a propriedade ou o contrato”.⁴⁹⁶

No entanto, Whitman defende que evidências demonstram que as intuições e anseios sobre privacidade variam, como ocorre entre europeus e americanos, por exemplo. Para os europeus, parece óbvio que os americanos não entendem de forma alguma as imperativas demandas sobre privacidade. O que se tem por normal nos Estados Unidos, como falar de salários ou aceitar que comerciantes tenham acesso a históricos de crédito, está totalmente fora dos limites das regras de etiqueta e mesmo de regras legais na Europa⁴⁹⁷, onde se

sustenta um enorme orgulho pelo art. 8º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950), a qual protege o respeito à vida privada e familiar⁴⁹⁸, bem como pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), que acrescenta a essa a proteção a dados pessoais.⁴⁹⁹

Na doutrina italiana, Pietro Perlingieri assim refere quanto à intimidade da vida familiar:

A tutela da intimidade é ligada à pessoa não como tal, mas como componente do núcleo familiar. Cada um tem o direito, em relação aos parentes próximos, a que fatos e comportamentos de natureza existencial, relativos a ele e à sua família em sentido lato, não sejam divulgados ao externo. A intimidade da vida familiar é uma condição para o livre desenvolvimento da pessoa (arts. 2º, 3º, § 2º, 13, 14 e 15 da Const.).⁵⁰⁰

Por outro lado, o sistema norte-americano permite a seus cidadãos, igualmente obcecados por sua privacidade, direitos de defesa que incluem o uso da força e que passam por importantes precedentes como o direito ao aborto sob o amparo da privacidade (assim em *Roe vs. Wade*, 1973⁵⁰¹) e o direito à liberdade sexual também como expressão do “princípio geral de privacidade” (assim em *Lawrence vs. Texas*, 2003⁵⁰²). E os americanos, embora não vejam problema algum em falar de seus salários ou aceitar que comerciantes tenham acesso a seus históricos de crédito, enxergam a exibição do corpo feita pelos europeus com naturalidade em locais públicos como uma grande exposição de sua privacidade, assim como lhes parece ridículo que o estado possa decidir quais nomes os pais podem dar a seus filhos recém-nascidos.⁵⁰³

Percebe-se, assim, que a despeito de não haver identidade entre o que seja este núcleo duro da privacidade para todas as comunidades e em todas as épocas⁵⁰⁴ (nem a forma de sua proteção, já que no

sistema norte-americano ela é produto de fragmentada legislação⁵⁰⁵, menos sistematizada do que nos países da Europa)⁵⁰⁶, o sentimento de que há espaços que não devem ser acessados pela coletividade é comum a diferentes sociedades e em variados períodos históricos. Como deve ser promovida a proteção deste espaço privado, o qual entendemos não ser possível definir de antemão, é um problema hoje, no Brasil, que busca ser solucionado por meio de uma legislação mais adequada à nossa cultura jurídica e ao nosso modelo de sociedade, o que também interfere diretamente nos espaços que são dados a cada um de privacidade em termos de liberdade de expressão de sua opinião, crença, pensamento etc.

Para Whitman:

A lei de privacidade não é produto da lógica. Mas também não é produto da “experiência” ou do suposto “sentimento de necessidade”, compartilhado em todas as sociedades modernas. É o produto de ansiedades sociais locais e de ideais locais. Nos Estados Unidos essas ansiedades e ideais centram-se, principalmente, na polícia e em outros funcionários públicos, e em torno da ambição “para assegurar as bênçãos da liberdade”, enquanto na Europa o foco está na ambição de garantir a posição de cada um na sociedade, a fim de garantir a “honra” de todos. Isso já era uma realidade em 1971, na Revolução Francesa de Jérôme Pétion, e continua sendo até hoje.

[...]

Na prática, isso significa que a escolha real, pelo menos no mundo Atlântico, dá-se entre as tradições sociais fortemente orientadas para as tradições de liberdade e as fortemente orientadas para a dignidade. Essa é uma escolha que vai muito além da lei de privacidade: é uma escolha que envolve todas as áreas do direito que tocam, de mais perto ou mais longe, as questões de dignidade.

[...]

Na verdade, há pouca razão para supor que os americanos serão persuadidos a pensar em seu mundo de valores de uma forma europeia a qualquer momento num

futuro próximo. A lei americana simplesmente não endossa a norma geral de dignidade pessoal encontrada na Europa. Também não há mais esperança de que os europeus vão abraçar o ideal americano. A lei europeia não reconhece muitas das preocupações antiestadistas que os americanos parecem dar por garantidas. É claro que todos nós somos livres para pleitear um tipo diferente de lei — na Europa ou nos Estados Unidos. Mas pleitear por privacidade, como tal, não é a maneira certa de fazê-lo. Não há tal coisa como privacidade como tal. A batalha, se for para ser combatida, deve ser lutada sobre valores mais fundamentais que isso (tradução nossa).⁵⁰⁷

Neste ponto, destaque deve ser dado ao que Rodotà tratou como “a necessidade de introduzir procedimentos de ‘avaliação de impacto sobre a privacidade’ semelhantes àqueles já estabelecidos para avaliar o impacto ambiental”⁵⁰⁸, pois “a poluição das liberdades civis não é menos importante que a poluição do meio ambiente”.⁵⁰⁹ E, como afirma o próprio autor, algumas páginas adiante, uma postura de invocação abstrata da intangibilidade da esfera privada como necessidade de salvaguardar a dignidade da pessoa humana deve ser afastada, sendo diferentes, por exemplo, as formulações que possam valer para a prisão e para a família. “Em cada uma dessas instituições varia a posição do indivíduo, variam os equilíbrios entre os interesses privados e públicos, variam as modalidades de exercícios do poder.”⁵¹⁰

Deve-se, portanto, individuar a disciplina da privacidade. Conforme as funções para as quais são destinadas as informações coletadas, a privacidade adquire diferentes contornos, visando alcançar-se o equilíbrio entre os interesses merecedores de tutela. Nessa linha,

analisando justamente as múltiplas facetas da definição de privacidade, percebemos que ela, considerada isoladamente, não é mais capaz de se constituir em uma regra precisa para a circulação das informações: aquilo que conta é sobretudo o contexto,

social e institucional, no qual a questão da privacidade se encontra historicamente inserida.⁵¹¹

Segundo bem aponta Rodotà,

A referência à privacidade, pois, exprime mais a indicação de um valor tendencial do que uma verdadeira e própria definição legislativa. E isso é confirmado pelo fato de que nenhuma legislação sobre proteção de dados contém em seu corpo definições formais de privacidade.

De qualquer modo, parece significativo seguir tais desdobramentos, identificados precisamente pelas diversas definições de privacidade. De sua tradicional definição como “direito a ser deixado só” passa-se, justamente pela influência da tecnologia dos computadores, àquela que constituirá um constante ponto de referência na discussão: “direito a controlar o uso que os outros façam das informações que me digam respeito”. *Em fase mais recente surge um outro tipo de definição, segundo a qual a privacidade se consubstancia no “direito do indivíduo de escolher aquilo que está disposto a revelar aos outros”* (grifo nosso).⁵¹²

A definição de privacidade, no entanto, não se funda no consentimento (o qual se consubstancia em procedimento de tutela), sob pena de se porem em risco valores individuais fundamentais, uma vez que a simples cessão seria suficiente para a sua limitação, trazendo-se a lógica do mercado para dentro da tutela da pessoa.⁵¹³ Rodotà, a despeito disso, acaba por apontar uma definição de privacidade nos seguintes termos:

É possível, a este ponto, articular ulteriormente a definição de privacidade. Esta se apresenta como o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de *determinar as modalidades de construção da própria esfera privada*. O objeto deste direito pode ser identificado no “patrimônio informativo atual ou potencial” de um sujeito.⁵¹⁴

O termo “patrimônio”, aqui, deve ser utilizado com cautela e sem qualquer vinculação à ideia de patrimonialidade do direito privado enquanto “complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que

tiverem valor econômico”.⁵¹⁵ É justamente por essa razão que argumentos que tendem a ver o direito do biografado como “direito ao benefício econômico da própria história” não nos parecem defensáveis.

469 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. IV, n. 5, dez. 1890. Em tradução nossa livre: “um princípio que pode ser invocado para proteger a privacidade do indivíduo da invasão promovida tanto pela grande imprensa quanto pela reprodução de cenas ou sons”.

470 ARFUCH, 2010, p. 152.

471 WHITMAN, 2004, p. 1204.

472 WHITMAN, p. 1204. No original: “In fact, it is best to think of the Warren and Brandeis tort not as a great American innovation, but as an unsuccessful continental transplant. For, though commentators have failed to recognize it, what the two authors set out to do was precisely to introduce the continental protection of privacy into America. It is hardly news that Warren and Brandeis worked in a world of Boston respectability closely akin to the high society of late-nineteenth-century Europe. Warren was a Boston Brahmin, a child of one of the socially dominant families of the city. Brandeis was the son of Bohemian-Jewish immigrants who had fled to America after 1848. Their article was written in a fit of outrage over newspaper reports of a party given by the Warrens, and its main target was the gossip pages of the ‘yellow press’, which Warren and Brandeis were convinced represented a new phenomenon”.

473 Para um exame comparativo do sentido europeu-continental de privacidade (com o respectivo reconhecimento das importantes diferenças entre os modelos francês e alemão) do sentido norte-americano, remete-se mais uma vez a WHITMAN, James Q. *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*, 113 Yale L.J. 1151, 1221, esp. p. 1164-1171, 2004.

474 Diz o autor: “What we see in continental law today is the result of a century-long, slow-maturing revolt against that style of status privilege. Over time, it has come to seem unacceptable that only certain persons should enjoy legal protections for their ‘dignity’.” (“O que nós vemos no direito continental hoje é o resultado de uma revolta secular e de lenta maturação contra esse estilo de privilégio de status. Ao longo do tempo, tem parecido inaceitável que apenas determinadas pessoas devam gozar das proteções legais para a sua ‘dignidade’.” — tradução nossa). *Ibidem*, p. 1166. Em uma análise comparativa entre França e Alemanha, aponta o autor que o direito à privacidade na Alemanha se desenvolveu mais lentamente, estabelecendo-se de fato apenas a partir da segunda metade do século 20, com a dolorosa experiência do nazismo. Ademais, fora construído segundo o conceito mais amplo de personalidade (*personality*) em vez do conceito de honra (*honor*), embora compreendessem o problema também sob essa perspectiva,

buscando a origem da injúria no Direito Romano. *Ibidem*, p. 1180-1184. E leciona ainda: “Personality is indeed a concept that Germans have often invoked where Americans would invoke liberty, and like liberty it does invoke a kind of freedom. But from the beginning it was never quite the same as American freedom. Where Americans often think of ‘freedom’ as opposed primarily to tyranny nineteenth-century Germans often thought of ‘freedom’ as opposed primarily to *determinism*”. (“Personalidade é, de fato, um conceito que os alemães invocam muitas vezes enquanto os americanos invocam a liberdade, e, da mesma forma, ela invoca um tipo de libertação. Mas, desde o início, nunca foi o mesmo que a liberdade americana. Onde os americanos muitas vezes pensam em ‘liberdade’ principalmente em oposição à tirania, os alemães do século 19 pensavam em ‘liberdade’ em oposição, principalmente, ao *determinismo*” — tradução nossa.) WHITMAN, 2004, p. 1181.

475 Em tradução nossa livre: “O que a lei continental de privacidade expressa é a importância social fundamental do compromisso de estender o tratamento real para todos”. *Ibidem*, p. 1170. E em conclusão, afirma: “Of course it matter to insist that *everybody* counts the same way royalty does, from racial minorities and prison inmates on up through the ranks of society”. Em tradução nossa livre: “É claro que importa insistir que todo mundo conta da mesma maneira que a realeza conta, desde as minorias raciais e presidiários, passando por todos os níveis da sociedade” (*ibidem*, p. 1171).

476 Apenas a título ilustrativo, já que não partiremos desta teoria para as conclusões a que chegaremos, refira-se que a teoria germânica das esferas aponta para a existência de uma esfera privada *lato sensu* dentro da qual se compreenderiam as esferas da privacidade *stricto sensu*, da intimidade e do segredo. Para uma crítica às teorias das esferas, na qual se mostra a associação da imagem com o ideal proprietário das codificações burguesas, bem como uma subversão da concentricidade das esferas a partir da constatação de que as pessoas tendem, às vezes, a mais facilmente dividir segredos com desconhecidos do que com pessoas próximas de seu círculo doméstico, veja-se: LEWICKI, 2003, p. 37, 79-89.

477 A legislação francesa (*Code Civil*, art. 9º) também utiliza tais termos, no sentido de que a intimidade seria um aspecto da vida privada: “Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l’intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s’il y a urgence, être ordonnées en référé”. Em tradução nossa livre: “Os juízes podem, sem prejuízo da reparação dos danos sofridos, prescrever todas as medidas tais como sequestro, confisco e outros, próprios a impedir ou fazer cessar um atentado à intimidade da vida privada; essas medidas podem, quando há urgência, ser ordenadas em processo sumário”.

478 Confira-se, dentre muitas excelentes obras sobre o tema, RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*, e, no Brasil, DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Conforme Rodotà, a possibilidade de aproveitar plenamente a própria

intimidade é uma característica que diferencia a burguesia das demais classes, sendo, a conquista desse espaço, identificada como um direito à propriedade, como o alcance de um privilégio (portanto não seria a realização de uma exigência natural do indivíduo) do qual estava excluída a classe operária. Daí a frase “poverty and privacy are simply contradictories”. RODOTÀ, 2008, p. 27.

479. Definição utilizada pela primeira vez pela Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*), em decisão de 15 de dezembro de 1983, ao julgar a “Lei do Censo” do mesmo ano. Diversas Reclamações Constitucionais foram ajuizadas contra a lei por violação ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, tendo em vista a proteção que deve ser conferida ao indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais. Com base no referido direito fundamental, que garante o poder do indivíduo de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais, a Corte afirmou a incompatibilidade de dispositivos da Lei com o Art. 2º, I, c. c. o Art. 1º, I, GG, em razão da “autodeterminação informativa”. Confira-se em: SCHWABE, Jürgen (Coletânea Original); MARTINS, Leonardo (Org.); HENNIG, Beatriz *et al.* (Trad.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Fundação Konrad Adenauer, p. 233-245. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/16.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2014.

480 RODOTÀ, Stefano, *op. cit.*, p. 15. Rodotà destaca que no ano de 2000 a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia reconheceu a proteção de dados como um direito autônomo, separando a privacidade da proteção de dados. RODOTÀ, 2008, p. 16, p. 175 e p. 184.

481 Sobre o tema específico do “direito de não saber”, vejam-se os comentários ao REsp nº 1.195.995/SP escritos por MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v, 46, abr./jun. 2011, p. 179-188 e, em sentido contrário ao de Mulholland, BARBOSA, Fernanda Nunes. O direito de não saber e os limites do dano indenizável. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 51, p. 153-175, jul./set. 2012. Stefano Rodotà aborda a questão em seu *A vida na sociedade da vigilância*, em especial nas páginas 107-109. RODOTÀ, 2008, p. 107-109.

482 Previsto como direito no art. 10 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, do Conselho da Europa de 4 de abril de 1997. “Art. 10. Vida privada e direito à informação. 1. [...] 2. Toda pessoa terá direito a conhecer toda informação obtida a respeito de sua saúde. Não obstante, deverá respeitar-se a vontade de uma pessoa de não ser informada”. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

483 “Os fatos que comportam essa exceção envolvem, de forma geral, circunstâncias de caráter puramente privado, sem repercussão sobre o meio social, de tal modo que de forma muito evidente não exista qualquer *interesse público* na sua divulgação.” BARROSO, 2007b, p. 77 (grifo nosso).

- 484 THOMSON, Judith Jarvis. The right to privacy. *Philosophy and public affairs*, vol. 4, no. 4, p. 295-314, p. 295, Summer, 1975. Disponível em: <<http://www.eecs.harvard.edu/cs199r/readings/thomson1975.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- 485 RODOTÀ, 2008, p. 93.
- 486 BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 42-43.
- 487 A título de exemplo, Ronaldo Porto Macedo Jr. parece tratar autonomamente os conceitos de privacidade e intimidade: “Apesar de ser possível traçar uma origem remota do conceito de direito à privacidade e à intimidade, a sua conceptualização atual surge somente no final do século 18, com o desenvolvimento do moderno conceito de liberdade, claramente percebido por Benjamin Constant em seu clássico texto *A liberdade dos modernos*”. Assim em NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). Privacidade, mercado e informação. *Revista dos Tribunais* (edição especial 100 anos: doutrinas essenciais — Responsabilidade civil, v. VIII). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26. Em obra clássica da doutrina brasileira, cuja primeira edição data de 1970, Paulo José da Costa Júnior já fazia menção ao anglicismo que denotaria o vocábulo privacidade (vindo de *privacy*), mostrando-se mais exata a expressão privatividade. Assim em: COSTA JR., Paulo José da Costa. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17. Uma análise terminológica também é feita por LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, esp. p. 27-31.
- 488 RODOTÀ, 2008, p. 16. Sobre privacidade e liberdades (negativa e positiva), veja-se MACEDO JR., 2010, *passim*. O conceito de liberdade positiva, sustenta Macedo Jr., nasce da questão relativa ao desejo do homem de ser o seu próprio senhor; significa, pois, autonomia, autodomínio. Já o de liberdade negativa (não intromissão) é o que se vincula às restrições (necessárias, registre-se), em favor de outros interesses e valores. Assim às p. 29-30. Sobre liberdade positiva e liberdade negativa (embora não tenha sido o primeiro a empregar tal distinção), confira-se em especial: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora da UnB, 1981, em especial p. 20 *et seq.* e p. 133 *et seq.*
- 489 Sobre a liberdade como direito de personalidade (*algum* direito, considerando as possibilidades de limitações), veja-se MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 29-39, Parte Especial, T. VII.
- 490 WHITMAN, 2004, p. 1185.
- 491 *Ibidem*, p. 1189.
- 492 Sobre os direitos de autor, a doutrina pátria é vasta, cabendo remeter a alguns bons artigos para maiores aprofundamentos, como o de Sérgio Branco, que questiona a natureza jurídica dos direitos autorais em BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. *civilistica*, a.2, n.2, 2013, no qual o autor se posiciona pela inexistência dos chamados *direitos morais do autor* como direitos de personalidade, uma vez que, à

diferença de imagem, privacidade, honra, nome, integridade psicofísica etc., aqueles não se encontram presentes de maneira indissolúvel ao próprio titular, já que depende de um fator exógeno para existir, isto é, a exteriorização da obra intelectual. Também aponta-se o interessante estudo, em sentido contrário ao de Branco porquanto defendendo o direito moral de autor como direito da personalidade, de Lucas Lixinski em LIXINSKI, Lucas. O direito moral de autor como direito de personalidade e a universalidade de sua proteção. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 7, v. 27, p. 49-79, jul./set. 2006. Nele, posiciona-se o autor no sentido de que, embora o direito moral de autor e os direitos de personalidade surjam no mesmo momento, o da criação intelectual, “a vida desses direitos é diferente. A obra intelectual é manifestação direta da personalidade do autor, projeção desta no espaço e fixação desta no tempo”, e pensar-se de forma distinta significa desconsiderar que “a obra deve ser entendida na sua relação com o autor como produto imediato de sua personalidade, mesmo como ‘extensão da personalidade criativa’”. *Ibidem*, p. 54-55.

493 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 53 e 69.

494 No original: “If privacy is a universal human need that gives rise to a fundamental right, why does it take such disconcertingly diverse forms?”. WHITMAN, 2004, p. 1154.

495 *Ibidem*, loc. cit. No original: “Imagine invasions of your privacy, the argument runs”. No mesmo sentido, de que se trata de uma noção que se intui, também aponta Verda y Beamonte acerca da intimidade. VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*. Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 13.

496 WHITMAN, *op. cit.* No original: “Since violations of privacy seem intuitively horrible to everybody, the argument continues, safeguarding privacy must be a legal imperative, just as safeguarding property or contract is a legal imperative”.

497 *Ibidem*, p. 155-1156.

498 “Art. 8º. *Direito ao respeito pela vida privada e familiar*: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.” Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014.

499 “Art. 7º. *Respeito pela vida privada e familiar*: Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações. Art. 8º. *Protecção de dados pessoais*: 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O

cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.” Disponível em:

<http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014.

500 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 183.

501 Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

502 Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

503 WHITMAN, 2004, p. 1158.

504 Conforme palavras de Whitman: “These are not questions we can answer by assuming that all human beings share the same raw intuitions about privacy. We do not have the same intuitions, as anybody who has lived in more than one country ought to know. What we typically have is something else: We have intuitions that are shaped by the prevailing legal and social values of the societies in which we live. In particular, we have, if I may use a clumsy phrase, *juridified* intuitions — intuitions that reflect our knowledge of, and commitment to, the basic legal values of our culture”. (“Essas não são questões que possamos responder apenas presumindo que todos os seres humanos compartilham das mesmas percepções básicas sobre privacidade. Nós não temos as mesmas percepções, como qualquer um que tenha vivido em mais de um país deve saber. Normalmente, o que nós temos é outra coisa: nós temos percepções que são moldadas pelos valores legais e sociais prevaletentes nas sociedades em que vivemos. Em particular, o que temos, se é que posso usar uma frase tosca, são percepções *juridificadas* — percepções que refletem nosso conhecimento dos, e comprometimento com, valores legais da nossa cultura” — tradução nossa). WHITMAN, *op. cit.*, p. 1160.

505 Se por um lado há uma fragmentariedade da legislação — que passa pelo fato de o sistema norte-americano ser de *common law* e pela marcada descentralização do poder político-institucional no modelo de federalismo vigente naquele país —, por outro, o conteúdo da privacidade parece ser menos fragmentado do que no modelo europeu, no sentido de que os norte-americanos tratam os direitos de imagem, direito ao nome e outros aspectos da personalidade a partir de uma perspectiva unitária, como se pode concluir das diversas análises de WHITMAN, *op. cit.*, *passim*, esp. p. 1158, 1161.

506 *Ibidem*, p. 1159.

507 WHITMAN, 2004, p. 1219-1221. No original: “Privacy law is not the product of logic. But neither is it the product of ‘experience’ or of supposed ‘felt necessities’ that are shared in all modern societies. It is the product of local social anxieties and local ideals. In the United States those anxieties and ideals focus principally on the police and other officials, and around the ambition ‘to secure the blessings of liberty’, while on the Continent they focus on the ambition to guarantee everyone’s position in society, to guarantee everyone’s ‘honor’. This was already true in 1791, in the French Revolution of Jérôme Pétion, and it remains true today. [...] In practice, this means that the real choice, in the Atlantic world

at least, is between social traditions strongly oriented toward liberty and social traditions strongly oriented toward dignity. This is a choice that goes well beyond the law of privacy: It is a choice that involves all the areas of law that touch, more or less nearly, on questions of dignity. [...] In truth, there is little reason to suppose that Americans will be persuaded to think of their world of values in a European way any time soon; American law simply does not endorse the general norm of personal dignity found in Europe. Nor is there any greater hope that Europeans will embrace the American ideal; the law of Europe does not recognize many of the antistatist concerns that Americans seem to take for granted. Of course we are all free to plead for a different kind of law — in Europe or in the United States. But pleading for privacy as such is not the way to do it. There is no such thing as privacy *as such*. The battle, if it is to be fought, will have to be fought over more fundamental values than that”.

⁵⁰⁸ RODOTÀ, 2008, p. 20.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, loc. cit.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 30-31.

⁵¹¹ RODOTÀ, 2008, p. 74.

⁵¹² *Ibidem*, p. 74-75.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 77.

⁵¹⁴ RODOTÀ, 2008, p. 109.

⁵¹⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 209-210.

2.4.3.1 A privacidade “comodificada”

Uma das linhas de defesa da necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias centra-se na alegação de que ninguém pode lucrar com a história alheia, ou seja, a história de vida de uma pessoa não pode ser objeto de ganhos para um terceiro. Sob qualquer perspectiva o argumento não se sustenta.

Inicialmente, cabe lembrar que a história da vida do biografado não é o objeto da publicação e, portanto, do lucro. A história da vida do biografado é o objeto da pesquisa do biógrafo, como poderia ser com a história de um país, de uma marca ou de um movimento, a exemplo do livro *Jovem Guarda: moda, música e juventude*, originário da dissertação de mestrado da historiadora e bolsista Fapesp Maíra Zimmermann. Nele, a pesquisadora aborda o movimento cultural que teve como destaque os cantores Roberto Carlos, Erasmo Carlos e Wanderléia. Descontente com a publicação, que teve a tiragem de apenas 1.000 exemplares e que tinha em sua capa uma imagem dos três ícones da Jovem Guarda, o cantor Roberto Carlos enviou uma notificação extrajudicial à autora. Na notificação, os advogados do cantor acusavam-na de não promover uma homenagem ao cantor e sim de fazer “uso de imagem dele para ganhar dinheiro”. Em sua defesa, a autora sustentou que a história da Jovem Guarda não deveria ser tratada de forma patrimonialista e que um eventual processo (que não veio a ser proposto) contaria também com a presença do próprio estado de São Paulo no polo passivo, já que a pesquisa havia sido possível com amparo exatamente do órgão de fomento daquele Estado.⁵¹⁶

Portanto, o lucro que se sustenta indevido advém, em realidade, do trabalho de pesquisa levado a efeito, do tempo de estudo, da

investigação de profissionais de diversos ramos do saber como a história, a sociologia, o jornalismo, a letras, a música⁵¹⁷, sendo ainda mais questionável a alegação que se une à do lucro em torno da vida de alguém, aquela que a acompanha frequentemente, a de que existiria, no cenário nacional, uma tradição de biografias não autorizadas feitas por aventureiros, com abordagens sensacionalistas e escandalosas, o que efetivamente não se verifica — e talvez sequer se possa falar de uma “tradição” de biografias no Brasil —, haja vista que a lista de processos judiciais no país envolvendo biografias não autorizadas engloba sérios e premiados escritores, como Ruy Castro, Paulo Cesar de Araújo e Fernando Morais.

Possivelmente, nisso resida a desconfiança no gênero, o que não se verifica em outros países de maior tradição dessa espécie de produção cultural. Tal desconfiança pode ser exemplificada na apresentação à autobiografia da modelo brasileira Luiza Brunet, em que o ex-Pesidente da República e Imortal da Academia Brasileira de Letras desde 2013, Fernando Henrique Cardoso, assim refere: “O livro me prendeu. É difícil parar de ler a história de vida de Luiza Brunet, contada por ela mesma através da escrita talentosa de Laura Malin”.⁵¹⁸ E então arremata: “Mais que um amontoado de fatos bobocas recheado de conversa fiada, sempre escondendo o fundamental, como soe se configurarem as biografias de celebridades, Luiza é incrivelmente verdadeira, expondo com sinceridade suas entranhas”.⁵¹⁹

Parte-se muitas vezes, portanto, da premissa equivocada e antijurídica de má-fé do biógrafo como um sujeito que, às custas de outrem, almejaria ganhos para os quais não teria concorrido. Se é verdade, como afirma Rodotà, que “se torna difícil garantir tutela à privacidade onde falta a cultura do respeito”,⁵²⁰ também é o fato de

que — contrariamente ao que possa ocorrer no terreno da mídia de massa, com seus jornais e revistas de fofoca — no campo das biografias no Brasil a cultura é de seriedade acadêmica e respeito pela história vivida.

A partir dessa suposição surge o argumento de que para escrever sobre a vida de alguém deveria o autor pagar, a título de “uso da história alheia”, um percentual de seus ganhos ao biografado, como já ocorrera por determinação judicial no *Caso Garrincha*⁵²¹ e como tem sido defendido no Brasil por um grupo de intelectuais e artistas, conforme relata Paulo Cesar de Araújo:

Num primeiro momento, alguns outros músicos manifestaram apoio ao Procure Saber, especialmente à ideia de remuneração ao biografado. “Tudo o que se usa, paga. É até bom um dinheiro que entra na conta. Só estou esperando a minha vez”, disse Wilson das Neves. “É justa a remuneração. Você está explorando a história e a imagem de alguém. É como se eu deixasse de receber por uma música minha gravada por outro”, comparou o roqueiro Nasi. O compositor Pedro Luís fez o seguinte paralelo: “Todo mundo que é ingrediente do sucesso deve ser remunerado. Quem faz a revisão, a capa, não é remunerado? E o assunto do produto, não?”.⁵²²

Em outro julgamento de destaque, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu não pelo reconhecimento de percentual a título de “uso indevido da imagem” do poeta e compositor Vinicius de Moraes, mas sim pelo direito dos herdeiros ao resultado da expressão econômica da autorização que haveria de ter sido concedida para a publicação de biografia que fora vendida conjuntamente com exemplar de periódico (revista).⁵²³

Embora seja o entendimento de renomados artistas e juristas, ousa-se discordar. Esse pensamento, ao que nos parece, remonta a uma ideia de *commodification*, como já questionou Rodotà no tocante ao tema específico dos dados pessoais como mercadoria. O “assunto do produto”, aqui, seria a “história de vida” de uma pessoa,

a qual não se compara a uma música ou outra qualquer produção do intelecto. Dizia Rodotà sobre um eventual “novo direito de propriedade sobre as informações pessoais, eis que se tornaram uma mercadoria vital e de grande valor na era do *direct-marketing*”⁵²⁴:

Desta forma, todavia, se chancela uma mudança radical de paradigma, sancionado o ingresso dos dados pessoais no mundo das mercadorias, isto é, sua definitiva *commodification*. Essa orientação, na verdade, produziria efeitos muito além das específicas situações nas quais o comércio dos dados pessoais é mais intenso. Mudaria a própria natureza do direito à privacidade: de direito fundamental da pessoa se transformaria em título a ser negociado no mercado.

Na busca de solução para o complexo problema do equacionamento das liberdades em jogo, frequentemente a inserção de elementos de caráter patrimonial pode facilitar, sem contudo resolver a questão fundamental. Sem desconsiderar que a associação do nome ou da imagem de uma figura pública a um bem ou serviço aumenta, via de regra, seu valor de mercado, aproximando-se tais direitos do direito à marca⁵²⁵, repita-se mais uma vez que, a partir do conceito de biografia já dissecado no capítulo primeiro, os ganhos econômicos auferidos pelo biógrafo não se relacionam diretamente à figura biografada, que, se mais venda proporciona conforme o seu prestígio social e importância para a história e a cultura nacionais, tanto mais trabalho e dedicação gera para o pesquisador a elaboração da obra intelectual que a terá por objeto.

Há que se considerar, repise-se, que a premissa da afirmativa deve ser contraditada, uma vez que não se trata propriamente da “história da vida” do biografado o objeto de uma biografia. Como já desenvolvemos no capítulo antecedente, trata-se, em realidade, de uma das possíveis versões da vida do biografado, daí porque biógrafos conceituados como Celso de Campos Jr., biógrafo de

Adoniran Barbosa, entende ser importante a publicação de biografias, no plural, sobre um mesmo personagem. “Acredito que há muito ainda por escrever sobre Adoniran Barbosa, que foi um cara multimídia, antes mesmo de essa palavra ser inventada.”⁵²⁶ Diz o biógrafo que é sempre um prazer ler estudos de outros autores e contribuir para o estudo que outros façam do mesmo personagem.

Nesse sentido, critica-se igualmente a postura adotada por herdeira do escritor Guimarães Rosa, que, por ocasião da publicação da biografia *Sinfonia de Minas Gerais — a vida e a literatura de João Guimarães Rosa*, ajuizou demanda na qual pleiteava, juntamente com a editora Nova Fronteira S.A., detentora dos direitos de publicação das obras do escritor falecido, bem como da obra da sua herdeira demandante, *Relembraimentos: João Guimarães Rosa, meu pai*, a retirada do mercado e a indenização por danos materiais e morais em face do autor da mencionada biografia. Textualmente, alegavam os autores haver exploração comercial da imagem do escritor Guimarães Rosa, bem como violação dos direitos autorais da herdeira e dos direitos editoriais da editora, uma vez que trechos da obra *Relembraimentos* foram usados na biografia. Após laudo pericial que afastou o alegado plágio, uma vez que “não se verifica em *Sinfonia de Minas Gerais* a utilização de mais de 10% da obra de Vilma Guimarães Rosa”, bem como o fato de que, “ainda que os trechos concernentes ao livro da autora do processo sejam suprimidos, o livro *Sinfonia de Minas Gerais* tem função e interesse histórico e literário”, o magistrado concluiu que

Não se pode afirmar também prejuízo da exploração normal da obra reproduzida, visto terem os livros da autora e da ré do processo caráter e objetivo extremamente diferentes, que complementam e enriquecem a admiração a um expoente da cultura nacional, e o conhecimento de seu legado. Pode-se dizer até que um estimule a

leitura da outra, para quem é desejoso de conhecer a obra de João Guimarães Rosa.⁵²⁷

O que se verifica neste caso é, na verdade, uma tentativa de obter a maior vantagem econômica possível sobre uma obra literária através da vedação de que outras com o mesmo (ou similar) objeto sejam produzidas, no que se assemelha, talvez mais do que qualquer outro caso que tenha sido examinado neste livro, a um comportamento de “reserva de mercado” e mais próximo à censura, cuja razão parece-nos ser eminentemente econômica. No mesmo sentido parece andar a relutância do cantor Roberto Carlos, tendo em vista a repetida história de que o artista teria o projeto de escrever, em parceria com o jornalista Tárík de Souza, sua autobiografia, o que justificaria o não prosseguimento do projeto do historiador Paulo Cesar de Araújo. A resposta que este teria dado ao empresário do cantor em uma das oportunidades em que o referido argumento fora utilizado para negar uma entrevista de Roberto Carlos ao biógrafo merece ser aqui transcrita:

Procurei explicar a diferença entre memória e história, argumentando que um cantor pode fazer um livro de memórias, apenas relatando episódios, alguns alegres, outros tristes, que ele viveu ao longo da carreira. O meu livro seria de história, pois relacionaria a produção musical do artista ao contexto da cultura e da sociedade brasileira da sua época, seria feito com um distanciamento só possível a um biógrafo. Portanto, afirmei, seriam livros diferentes e complementares, e que só ajudariam a entender e engrandecer o fenômeno Roberto Carlos.⁵²⁸

Por outro lado, andou bem o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento do *Caso Ataulpho Alves*. Na ação ajuizada pelos herdeiros do compositor, que pleiteavam indenização por danos morais e materiais, forte nos arts. 29 e 30 da Lei de Direitos Autorais⁵²⁹ e 5º, XXVII, da Constituição Federal⁵³⁰, o Tribunal —

antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, com seu polêmico art. 20⁵³¹ — entendeu que a coleção MPB Compositores, publicada pela ré Editora Globo S.A., é uma biografia do compositor e homem público “e os direitos sobre a obra biográfica em questão pertencem a quem a produziu”. Ademais, não reconheceram os julgadores qualquer violação aos direitos de imagem, vida privada, intimidade e honra tanto dos autores quanto de seu falecido pai.⁵³²

Enfim, a questão parece ter sido bem posta pelos mestres portugueses ao assim alertarem:

Importa, porém, impedir o desenvolvimento de um clima de “especulação de direitos da personalidade”, ou uma “mentalidade de corrida ao ouro” (*gold rush mentality*), em que o leilão e a venda de direitos biográficos, por parte dos próprios ou de familiares, ou a obtenção de grandes indenizações pela publicação de biografias não autorizadas, acabam por prevalecer sobre a proteção de direitos e interesses privados e públicos e sobre a liberdade de expressão e de informação.⁵³³

E, em conclusão, algumas páginas adiante, finalizam:

Em termos balanceadores, cumpre dar garantias jusfundamentais a autores sérios e honestos contra o excesso e litigância judicial ou da ameaça de litigância judicial, incluindo aqui o chamado *turismo de difamação* (*libel turism*) por parte de biografados hipersensíveis e propensas [sic] à criação de medos informativos e de autocensura.⁵³⁴

Por tudo que acima foi dito, entendemos que, embora haja um direito ao segredo, ao sigilo, à intimidade, à vida privada, à autodeterminação informacional, à honra, à identidade pessoal em sentido amplo, os quais não sofrem solução de exceção em razão do direito à liberdade de expressão na produção biográfica, insistimos que a construção desses conceitos é cultural e variável. E que apenas no exame pontual de uma biografia, a partir de critérios preestabelecidos e conhecíveis por todos, partindo-se do

reconhecimento de que a colisão legítima aponta valores existenciais da pessoa (e da sociedade) em conflito e não seus interesses econômicos, é que se poderão determinar o merecimento de tutela de uma obra e a consequente inexistência do direito de biografados e herdeiros a vê-la retirada de circulação.

516 ARAÚJO, 2004, p. 438-442. Ainda sobre a história da Jovem Guarda, o também biógrafo Ricardo Alexandre destaca em seu artigo “*A quem pertence a história de nossos artistas?*” que “o programa *Jovem Guarda* não foi criação de Roberto Carlos, mas do presidente da TV Record, Paulinho Machado de Carvalho. Roberto sequer foi a primeira opção para apresentar o programa. Quem teve a ideia de investir na extensão da marca ‘Jovem Guarda’ para roupas e bonecos foram os publicitários Magaldi, Maia & Prósperi. Ou seja: segundo o raciocínio de Roberto, os ‘donos da história’ do *Jovem Guarda* seriam Carlito Maia, Carlos Prósperi, João Carlos Magaldi e Paulinho Machado de Carvalho”. Disponível em: <<http://entretenimento.r7.com/blogs/ricardo-alexandre/a-quem-pertence-a-historia-dos-nossos-artistas-20140811/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

517 Ruy Castro alerta, em matéria publicada pela *Revista da Cultura*, que, muitas vezes, o “ciúme” do biógrafo em relação ao biografado é, na verdade, simplesmente confundido com a feia mania de não atribuir crédito à informação. Diz ele que não existe ciúme, senão que o legítimo direito de ter crédito sobre revelar fatos pela primeira vez. Nas palavras de Ruy Castro: “Só não acho engraçado quando usam e abusam de informações que me foram muito trabalhosas de levantar e as usam como se elas fossem coisas que todo mundo sempre soube. E se ‘esquecem’ de citar a fonte”. DUARTE, Maurício. *Nem a morte nos separa*: a relação de paixão incondicional de biógrafos por biografados — historiadores, jornalistas e escritores empenham suas próprias vidas na missão de reconstituir a de outras pessoas que jamais verão seus trabalhos. Disponível em: <http://www.revistadacultura.com.br/revistadacultura/detalhe/13-03-11/Nem_a_morte_nos_separa.aspx>. Acesso em: 1 jun. 2014.

518 CARDOSO, 2013, p. 8.

519 *Ibidem*, loc. cit.

520 RODOTÀ, 2008, p. 139.

521 Assim ocorreu nos julgamentos pelo TJRJ, Ap. Cível nº 2.270/01, Rel. Des. Gustavo Adolpho Kuhl Leite, j. 17/7/2001 e E.I. nº 58/2002, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, j. 15/5/2002 e fora mantido pelo STJ, no REsp nº 521.697/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 18/9/2003.

522 ARAÚJO, 2014, p. 446.

523 TJRJ. Ap. Cível n. 19.651/2001, Rel. Des. Caetano E. da Fonseca, j. 22/1/2002. Recurso especial interposto pela ré Grupo de Comunicação Três S.A. foi inadmitido na origem e, interposto agravo de tal decisão, a este foi negado provimento com base na Súmula nº

284 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”) e na ausência de demonstração do dissídio pretoriano alegado. Constatou-se da decisão que: “Quanto à violação genérica à legislação infraconstitucional, sem precisar qual dispositivo legal entende violado pelo acórdão hostilizado, e a alegação de ausência de lei autorizativa aos autores da demanda para requererem indenização, há deficiência, com sede na própria fundamentação da insurgência recursal, impedindo-se a abertura da instância especial, a teor do enunciado nº 284 da Súmula do egrégio Supremo Tribunal Federal”. Ag. Instrumento nº 473.407/RJ, Rel. Min. Castro Filho (decisão monocrática), j. 23/4/2003 (processo baixado à origem).

524 RODOTÀ, 2008, p. 132.

525 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 62.

526 DUARTE, Maurício. *Nem a morte nos separa*: a relação de paixão incondicional de biógrafos por biografados — historiadores, jornalistas e escritores empenham suas próprias vidas na missão de reconstituir a de outras pessoas que jamais verão seus trabalhos.

Disponível

em:

<http://www.revistadacultura.com.br/revistadacultura/detalhe/13-03-11/Nem_a_morte_nos_separa.aspx>. Acesso em: 1 jun. 2014.

527 Sentença julgada improcedente no Processo nº 0180270-36.2008.8.19.0001, 24ª Vara Cível da Capital do Rio de Janeiro. Recurso de Apelação julgado em 8/10/2014, confirmando a sentença de improcedência, e Recursos Especial e Extraordinário não admitidos, com baixa definitiva para a origem em 22/10/2015.

528 ARAÚJO, 2014, p. 193.

529 Art. 29 da Lei nº 9.610/1998: “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em

base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”. Art. 30 da Lei nº 9.610/1998: “No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito. § 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular. § 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração”.

530 Inciso XXVII do art. 5º: “XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

531 Na crítica de Luís Roberto Barroso, “os critérios empregados pelo Código Civil não encontram qualquer amparo constitucional e, na prática, acabam por corresponder à velha cláusula do interesse público, que já serviu a tantos regimes arbitrários”. Por fim, relembra o autor que o referido dispositivo fora concebido entre as décadas de 60 e 70, o que explicaria “a inadequação da filosofia a ele subjacente bem como dos conceitos utilizados”. BARROSO, 2007b, p. 95.

532 TJRJ. Ap. Cível nº 0021641-76.1999.8.19.0001 (2001.001.07108). Rel. Des. Roberto Cortes; j. 30/8/2001 (decisão definitiva).

533 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 73.

534 *Ibidem*, p. 97. Em nota de pé de página, os autores dizem se referir às tentativas de Arnold Schwarzenegger de barrar uma biografia escrita sobre ele, através da interposição de uma ação judicial no Reino Unido, discutindo o *Speech Act*, assinado pelo presidente americano em agosto de 2010, o qual proíbe a execução de sentenças estrangeiras contrárias à liberdade de expressão da primeira emenda.

2.5 A ponderação de direitos constitucionais

Conforme lembra Ingo Sarlet, a fundamentalidade de direitos e de garantias constitucionais como tais garantidos na Constituição não significa, por si só, que devam todos receber o mesmo tratamento jurídico — ainda que todos se equivalham em termos de regime jurídico — notadamente no que tange à sua proteção, eficácia e efetividade.⁵³⁵ Os direitos fundamentais formam, “também e especialmente na ordem constitucional brasileira”, segundo Sarlet, “um conjunto complexo e extremamente heterogêneo de posições jurídicas”. Decorre de sua assim “designada multifuncionalidade” serem compreendidos com uma dupla dimensão, negativa e positiva, ou seja, ora correspondendo a direitos de defesa, ora a direitos de prestação.⁵³⁶ E ainda:

Esta evidente funcionalidade e heterogeneidade dos direitos fundamentais, pelo menos no que corresponde ao entendimento majoritário e para a generalidade dos casos, embora não exclua a dupla fundamentalidade formal e material de todos os direitos, acaba por gerar importantes desafios e controvérsias não apenas no que diz com a concretização e proteção dos direitos fundamentais em geral, mas também para efeitos de sua aplicação na seara do Direito Privado e das relações entre particulares.⁵³⁷

Sarlet defende que o dever de conferir a máxima eficácia e efetividade às normas de direitos fundamentais há de ser compreendido no sentido de um mandado de otimização⁵³⁸, uma vez que sua eficácia e efetividade não se encontram sujeitas, em

princípio, a uma lógica do tipo “tudo ou nada”⁵³⁹, tal como ocorre, de modo geral, em relação às regras jurídicas (ditas definitivas ou absolutas).⁵⁴⁰ As normas de direitos fundamentais, entendidas como *normas de caráter prima facie*, consoante defendido na teoria de Alexy, distinguir-se-iam das regras jurídicas, porquanto ausente um caráter coercitivo definitivo (diferenciação em sua estrutura).

Na doutrina civilista, Maria Celina Bodin de Moraes entende, concordando com o afastamento da lógica do “tudo ou nada” — afastamento este, no entanto, que também alcançaria as regras, como defendido por Klaus Günther⁵⁴¹ —, que a técnica da ponderação não deve observar o procedimento de sopesamento proposto por Robert Alexy. Afirma, nesse sentido, a pertinência das objeções doutrinárias apoiadas em Dworkin, uma vez que “tratar princípios como mandados de otimização mostra-se incompatível com o caráter deontológico do direito, de dever ser, remetendo-se dessa maneira ao âmbito da teleologia e, conseqüentemente, do utilitarismo moralista”.⁵⁴²

Segundo Eros Grau, para autores como Habermas, perigosa se mostra a própria ponderação em razão dos argumentos políticos que contempla, retirando força dos direitos fundamentais. Defende Habermas que a solidez dos direitos fundamentais só poderia ser alcançada por meio de uma estrutura deontológica, ou seja, pela estrutura de regra. A “quantificação (graus) orientada por finalidade”, que seria necessária, poderia levar à diminuição dos direitos individuais em favor de finalidades coletivas.⁵⁴³

Analisando o pensamento de Habermas, define ainda Eros Grau:

Diz Habermas que na aplicação (*Anwendung*) das normas, que se faz sempre considerando o contexto, a imparcialidade do juízo não é alcançada simplesmente se nos perguntamos o que todos, naquela circunstância, poderiam querer, mas, sim, se tomarmos sob a devida conta, de modo pertinente, todos os aspectos relevantes que

caracterizam a situação. Para poder decidir quais normas devemos aplicar a determinado caso — normas que podem sempre entrar em conflito entre si e que se devem dispor em ordem de importância, à luz de certos princípios —, necessitamos primeiro esclarecer se a descrição da situação é efetivamente exauriente e pertinente (*angemessen*) em relação a todos os interesses afetados. Como, segundo Habermas, Klaus Günther demonstrou, a razão prática atua segundo duas modalidades diversas: no âmbito da justificação das normas, examinando-se quais interesses são *suscetíveis de generalização*; por outro lado, no âmbito da aplicação das normas, individualizando-se de modo *pertinente e exauriente* à luz das regras em concorrência entre si — quais são as conexões importantes. Esta é a ideia regulativa que deve orientar os procedimentos legais voltados a institucionalizar a imparcialidade da jurisdição.⁵⁴⁴

Em uma linha de pensamento que reconhece tanto os perigos da insegurança jurídica decorrentes de um afastamento do caráter deontológico do Direito quanto a importância da técnica da ponderação de interesses⁵⁴⁵ para assegurar a pertinência do elemento factual no processo decisório, entendemos que o método ponderativo ainda se mostra o caminho mais saudável para o tema das biografias no Brasil.⁵⁴⁶ E é no sentido de proporcionar maior segurança que parâmetros decisórios são sugeridos no capítulo terceiro, momento em que são apontados os “possíveis critérios para a solução do conflito”, validando a publicação de biografias no país.

Esses critérios — ou parâmetros — podem ainda ser construídos e/ou aprimorados, em países de *civil law*, através do estudo de casos pretéritos (método do *case method* da *common law*), como sugere Alexy, alcançando-se, assim, uma ponderação racional que daria ao jurista os parâmetros necessários para a resolução do dilema.⁵⁴⁷

Também em defesa da ponderação como técnica mais adequada, Maria Celina Bodin de Moraes aduz que

Ao se mencionar ponderação quer-se fazer referência a um procedimento de verificação, diante do caso concreto, da presença ou consistência (ou não) das razões

que justificaram a criação jurisprudencial da norma frente às expectativas existentes à época quanto à obediência geral e suas consequências, independentemente, a princípio, de outro pleito normativo concorrente que possa incidir sobre o mesmo fato. Busca-se, assim, uma aproximação com o procedimento de “adequação” proposto por Klaus Günther, bem como com a ideia de “direito como integridade” de Ronald Dworkin.⁵⁴⁸

E, em conclusão, afirma:

No âmbito desta nova metodologia, porém, as decisões que passam pela concreção de princípios exigem a construção de um discurso de aplicação, para além de um discurso de justificação, que permita fundamentar a preferência de um princípio em detrimento de outro princípio que na hipótese atua de forma concorrente. De modo geral, entende-se que a aceitação racional das decisões judiciais deve ser guiada pela qualidade dos argumentos levantados, cuja verificação permitirá que o processo de argumentação seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado. O raciocínio jurídico, que o positivismo sempre considerou dedutivo, tornou-se argumentativo.⁵⁴⁹

Para Klaus Günther, um discurso de justificação (fundamentação), ainda que possa pressupor um princípio de universalização (U) na forma sugerida por Habermas — isto é, na qual a norma carecedora de justificativa contemple um interesse comum e não de uma maioria ou grupo, sendo cada indivíduo capaz de se colocar na perspectiva de cada um dos demais “a fim de poder dimensionar a intensidade de todos os interesses afetados”⁵⁵⁰ — não prescinde de um discurso (próprio) de aplicação. “A adequação a respeito da validade de uma norma não implica qualquer decisão a respeito de sua adequação em uma situação, e vice-versa.”⁵⁵¹

Pela argumentação busca-se alcançar um consenso racionalmente motivado entre os sujeitos, participantes com chances iguais de expressão, de percepção e de aproveitamento nesse processo.⁵⁵²

Esses três níveis ou aspectos da argumentação, consoante Klaus Günther,

são representados por “U”, dentro de discursos práticos [...] de modo que “U” possa ser transformado no princípio da ética do discurso (D), segundo o qual uma norma só será válida, quando cada um a aceitar (ou possa aceitá-la) “como participante de um discurso prático”.⁵⁵³

Um discurso de aplicação pode ser compreendido, em comparação a um discurso de fundamentação/justificação, no seguinte sentido:

Eles “recontextualizam” a norma, extraída de seu contexto, quanto à sua validade, à luz de um interesse comum, ligando a sua aplicação à consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo. Desse modo, emerge uma dinâmica que a cada circunstância acrescenta uma surpreendente quantidade de aspectos, nuances ou mudanças imprevistas ao conteúdo semântico de diversas normas aplicáveis, obrigando a modificações, restrições ou deslocamento de pesos, a fim de, por aproximação, fazer jus à pretensão de uma consideração adequada de todos os sinais característicos. Discursos de fundamentação devem fazer essa dinâmica parar e, em disposição hipotética, para além da situação concreta, generalizar uma norma adequada proposta em consonância com o estágio do nosso conhecimento, com a finalidade de examinar se, para os interesses de cada um individualmente, as consequências e os efeitos colaterais da observância geral poderão ser aceitos por todos, em conjunto e sem coação. Só depois de olhar para todos os lados, cautelosamente, é que, então, cada um deverá mergulhar no caso concreto, aqui e agora.⁵⁵⁴

A exigência de um raciocínio jurídico argumentativo (com abertura à moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo⁵⁵⁵), na linha de Klaus Günther, não significa nenhum afastamento, evidentemente, da aplicação da regra da proporcionalidade como técnica de ponderação, o que ora se defende.⁵⁵⁶ Como bem afirma Virgílio Afonso da Silva, embora seja o entendimento de renomados juristas o de que haja uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade no

direito brasileiro, especialmente com base nos arts. 1º, *caput* e incisos II e III, e 5º, incisos II, XXXV e LIV, a verdade é que “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, *mas da própria estrutura dos direitos fundamentais*”.⁵⁵⁷

No tocante às exigências da proporcionalidade (em que pese nos votos não se tenha a menção a um princípio⁵⁵⁸, regra (de interpretação/aplicação do direito), dever, pauta/postulado normativo⁵⁵⁹ ou critério de proporcionalidade), tem-se no Brasil, como importante *leading case* julgado pelo STF, a decisão que proibiu a condução sob vara de requerido em processo de investigação de paternidade, sob o argumento de que, para fazer valer os direitos do requerente, existiriam meios menos gravosos, como a inversão do ônus probatório e o estabelecimento de presunção em seu favor.⁵⁶⁰

Considerando o tema das biografias, analisemos a aplicação da regra da proporcionalidade à vedação hoje imperante no Brasil, no sentido da sua proibição quando não autorizadas pelo biografado, seguindo o modelo de Virgílio Afonso da Silva, ao analisar dois exemplos nacionais de proibições submetidos ao STF, sendo eles a ADC 9-6, relativa ao racionamento de energia, e a ADIn 855-2, no tocante à pesagem de botijões de gás.⁵⁶¹

Ao mesmo propósito também já se dedicou Rodrigo Dias em *Liberdade de expressão: biografias não autorizadas*.⁵⁶² Segundo esse autor, o meio é *adequado* (etapa 1 da aplicação da regra) e mesmo *necessário* (etapa 2 da aplicação da regra) para a proteção dos direitos da personalidade dos biografados. Mas, ao final, afirma:

ao desconsiderar a liberdade de expressão do biógrafo e o direito de todos à informação sobre a vida de um personagem relevante da história cultural ou política do Brasil, a interpretação da lei civil que ignora esses valores [exigindo a autorização prévia] causa desvantagens superiores aos benefícios que proporciona.⁵⁶³

No mesmo sentido aponta José Ramón Verda y Beamonte, para quem a palavra “advertência” aposta na própria obra literária, de que as cartas publicadas na biografia de um famoso escritor francês o foram sem o consentimento do demandante (autor das missivas), seria medida que obedeceria ao requisito da proporcionalidade mais do que a supressão de todo o capítulo da obra, como fora pleiteado, mas negado pela jurisdição francesa.⁵⁶⁴

Considerando a primeira sub-regra, a adequação, temos que um meio deve ser considerado adequado se for apto a, não apenas, *alcançar* um resultado, mas também *fomentar* um objetivo (ainda que nem sempre seja alcançado).⁵⁶⁵ A medida que aqui nos interessa é a da proibição de publicar biografias sem autorização prévia.

O teste da adequação, seguindo a linha usada por Virgílio Afonso da Silva, limita-se ao exame de sua aptidão para (ao menos) fomentar (ainda que não alcance) os objetivos visados, sendo, *in casu*, o de preservar a privacidade, a intimidade, o nome, a imagem e a honra do retratado. Ainda que a proibição das biografias não seja suficiente para evitar completamente tais violações, que podem se dar por uma série de outras formas, seu caráter abrangente é adequado nos termos da regra de proporcionalidade, pois evita uma série de publicações que, por sua própria essência, expõem a pessoa ao escrutínio público.⁵⁶⁶

Pelo teste da necessidade, tem-se que “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma

intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.⁵⁶⁷

Identifica-se, aqui, o início dos problemas da proibição das biografias sem autorização prévia, já que a promoção dos direitos da personalidade pode dar-se por meio de outros atos (ou, melhor dito, por meio de outras formas de controle) que, em menor medida, limitarão o direito fundamental atingido, a liberdade de expressão *lato sensu*.

Assim, defende-se que o controle via repressão do gênero histórico e literário biografia não é necessário para a preservação dos direitos da personalidade em perigo. O controle estatal pode — e deve — dar-se por intermédio de outros mecanismos — que serão desenvolvidos no capítulo terceiro — que passam tanto pelo estabelecimento de *critérios materiais* que vão delimitar o merecimento de tutela (e em alguns casos mesmo a própria ilicitude) de uma obra biográfica como *mecanismos de controle procedimental/processual*, incluindo, diga-se desde já, formas cautelares (o que diferenciaremos de censura) de proibição da divulgação do material produzido, não sendo necessária a sua completa interdição. Exigir-se a autorização prévia, sob pena de proibição, equivale à restrição total do gênero, com sérios danos ao direito à liberdade de expressão e, por conseguinte, à própria dignidade da pessoa humana, deixando-se de considerar a existência de medidas alternativas que satisfaçam a mesma condição.⁵⁶⁸

Mesmo que parem dúvidas sobre essa sub-regra e que se entenda ser necessária a proibição como forma de mais intensamente (com maior eficácia) preservar os direitos da personalidade de potenciais biografados, há ainda o exame da proporcionalidade em sentido estrito (que, considerando a relação de subsidiariedade entre as sub-regras, restaria afastado em se tomando por suficiente a

argumentação supra). Não sendo este o caso, vejamos como a sub-regra da proporcionalidade também resolveria a questão.

Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser questionado se a proteção da privacidade e dos demais direitos da personalidade do biografado justificaria a limitação à liberdade de expressão e, mais especificamente, a restrição do gênero biografia.

Parece-nos que não. A limitação imposta ao gênero pela proibição da publicação de biografias (exceto se autorizadas) é medida restritiva de alto impacto. Se por um lado permite proteger em certa medida a privacidade e outros direitos do biografado, por outro o mesmo não acontece em relação aos direitos dos demais retratados na obra, que, embora não sejam o foco central da narrativa, também podem ser privados da ampla extensão de sua privacidade, honra, nome e intimidade, visto que somente do biografado é exigida a autorização. Nesse sentido, se a proibição não é suficiente para proteger os direitos da personalidade de todos os envolvidos, por que se limitar um gênero em detrimento de um direito fundamental da envergadura da liberdade de expressão? É preciso, nesse sentido, pensar-se em formas mais eficazes de proteção dos direitos contrapostos, isto é, não só no que tange à figura do biografado, senão de todos aqueles que podem ter os mesmos direitos violados por obras escritas ao desamparo das normas jurídicas em vigor em um estado democrático, no qual o valor central é, incontestavelmente, a pessoa humana.

Do mesmo modo que é possível advogar-se o afastamento da regra segundo a qual biografias somente podem ser publicadas mediante a autorização do biografado, cabe mais uma vez destacar que somente o caso concreto é capaz de, definitivamente, apontar o merecimento de tutela da publicação, com o auxílio de critérios previamente

conhecidos. Com efeito, apenas no âmbito da aplicação do ordenamento ao caso concreto é possível se afirmar — e fundamentar — a preferência do princípio da liberdade de expressão em detrimento dos direitos da personalidade, pois não vemos preferência em abstrato do primeiro, nem preferência *prima facie*,⁵⁶⁹ como tem sido defendido por importante doutrina de direito público nacional (inclusive no voto proferido pelo Ministro do STF Luís Roberto Barroso na ADI 4.815⁵⁷⁰) a partir do predominante pensamento norte-americano.

Para Luís Roberto Barroso, em obra doutrinária,

tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência — *preferred position* — em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.⁵⁷¹

O que defendemos aqui é uma posição preferencial às liberdades democráticas para o efeito de estabelecer uma presunção da invalidade da norma que as restringem⁵⁷² — mesmo porque a liberdade é a regra, e a restrição, a exceção⁵⁷³ — com o consequente aumento do *ônus argumentativo* para quem afirma o uso ilegítimo dessas liberdades. Não é, portanto, no âmbito de um discurso de justificação que se afirma qualquer prevalência de um dos direitos sobre o outro. Nesse sentido, pertinente mostra-se a crítica de

Roberto Dias, ao contestar o argumento presente na ADPF 130, quando o STF afirmou a preferência do bloco dos direitos relacionados às liberdades de manifestação do pensamento em detrimento do bloco dos direitos da personalidade, referindo que a defesa destes deveria dar-se apenas *a posteriori*, via direito de resposta e responsabilização nos âmbitos penal, civil e administrativo.⁵⁷⁴ A mesma crítica podemos estender ao argumento também presente na ADI 4.815, no voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

535 SARLET, 2012, p. 5.

536 *Ibidem*, p. 7.

537 *Ibidem*, p. 8.

538 Mandado ou mandamento esse que corresponderia à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, conforme aponta Virgílio Afonso da Silva, 2002, p. 45.

539 SARLET, 2012, p. 20. Por mandados ou mandamentos de otimização entenda-se, na teoria de Alexy, que os princípios expressam deveres *prima facie*, os quais somente encontram limites após sopesamento com outros princípios colidentes. São, pois, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 90-91. Segundo Klaus Günther, “Alexy conclui, deste comportamento diversificado de colisão, que, para princípios, só será decisiva a dimensão do peso, e isso segundo as respectivas circunstâncias especiais de cada caso. Regras, contrariamente, colidem na dimensão da validade, com a consequência de que, afinal, somente uma das duas poderá ser válida”. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação*, *op. cit.*, p. 203.

540 ALEXY, 2003, p. 103-106.

541 GÜNTHER, 2011, p. 206-208.

542 BODIN DE MORAES, 2011, p. 10.

543 GRAU, 2013, p. 73.

544 *Ibidem*, *loc. cit.*

545 Resumidamente, conforme define Luís Roberto Barroso, a técnica da ponderação é “uma técnica de decisão judicial aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesse, bens,

valores ou normas”. BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, *op. cit.*, p. 72. Como bem lembra Schreiber, “o resultado da ponderação não consiste nunca na declaração de que um direito é superior a outro, mas se limita ao estabelecimento de uma relação de prevalência condicionada: nessas condições, o direito “x” prevalece sobre o direito “y”. Noutras condições, a relação de prevalência pode ser diversa.” SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 09-26, esp. p. 15.

546 Luís Roberto Barroso descreve as três etapas da ponderação nesta ordem: 1. identificação do conflito de normas; 2. exame dos fatos e circunstâncias concretas e sua interação com os elementos normativos; e 3. determinação da prevalência do grupo de normas aplicável e o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada, em um processo que “tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*”. BARROSO, *op. cit.*, p. 73.

547 Alexy cita como exemplo o caso Lüth, na Alemanha, relacionando a importância desse precedente na construção do *standard* de liberdade de expressão vigente naquele país. ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 139, jun. 2003.

548 BODIN DE MORAES, 2013, p. 606-607.

549 *Ibidem*, p. 613.

550 GÜNTHER, 2011, p. 26. Ainda conforme Günther, “Tendo como pano de fundo as nossas experiências pessoais e com o mundo objetivo e social, é que conseguimos pressupor aquela situação de aplicação imaginada no atual momento. Por isso, ao formular ‘U’, o próprio Habermas já chamou a atenção para uma versão mais fraca: só serão consideradas aquelas consequências e aqueles efeitos colaterais que *previsivelmente* resultarem da observância geral da norma. Com isso, ‘U’ sustenta um indício que faz com que a sua aplicação fique condicionada ao estado do conhecimento no presente momento” (p. 30).

551 GÜNTHER, 2011, p. 32. Na proposta de Günther, a validade de uma norma está relacionada a um discurso de justificação normativa, que pressupõe a inalterabilidade das circunstâncias, ao passo que a adequação de uma norma está relacionada a um discurso de aplicação normativa.

552 *Ibidem*, p. 36.

553 *Ibidem*, *loc. cit.*

554 GÜNTHER, 2011, p. 38.

555 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, *op. cit.*, p. 252.

556 Daniel Sarmento critica, no entanto, defensores da categorização como Klaus Günther, que partem da ideia da norma mais adequada ao caso concreto para afastar a ponderação e a possibilidade da contraposição de interesses juridicamente tutelados. Segundo Sarmento, os defensores dessa teoria, que se opõe ao reconhecimento de limites externos aos direitos, afirmando a existência de limites internos, por fim acabam por realizar uma “ponderação disfarçada, escamoteada, que, ao cabo, seria vendida ao público externo na

embalagem de uma subsunção”. *Ibidem*, p. 259.

557 No mesmo sentido, aponta, é o posicionamento de Humberto Ávila. O proporcional, *op. cit.*, p. 44. No direito português, Jónatas Machado também destaca o papel preponderante assumido pelo teste da proporcionalidade ou proibição de excessos na garantia dos direitos fundamentais. MACHADO, 2002, p. 726 *et seq.*

558 Conforme Virgílio Afonso da Silva, “o termo *princípio*, na expressão *princípio da proporcionalidade*, é empregado com o significado de ‘disposição fundamental’, e essa é a acepção mais corrente do termo ‘princípio’ na linguagem jurídica pátria [como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello]” (2002, p. 27).

559 Assim Eros Roberto Grau, para quem “A concretização do direito é operada em dois momentos: (i) no primeiro deles caminhamos do *texto* até a *norma jurídica*; (ii) no segundo, caminhamos da *norma jurídica* até a *norma de decisão* (= a solução, a decisão do caso), unicamente então, neste momento, podendo atuar as *pautas da razoabilidade* e da *proporcionalidade*”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16. Ainda, refere o autor à p. 24 *et seq.* o “medo” que tem dos juízes e tribunais, os quais “praticam esse inusitado controle de proporcionalidade e de razoabilidade das leis, legando-me incerteza e insegurança jurídicas...”, bem como reconhece o perigo que trazem, doutrina e jurisprudência, quando tomam a proporcionalidade e a razoabilidade “como se princípios fossem, deles alguns se servindo para ousar corrigir o legislador” (p. 133).

560 STF. HC nº 71.373-4/R, j. 10/11/1994, Rel. Min. Marco Aurélio Melo.

561 Os exemplos práticos escolhidos foram examinados às páginas 37-42. SILVA, 2002.

562 DIAS, Roberto. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 41, p. 204-224, jul./dez. 2012.

563 DIAS, 2012, p. 218-219.

564 VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 37.

565 SILVA, 2002, p. 37.

566 A importância de não se confundir causalidade com correlação é exposta por Jónatas Machado. “Assim, utilizando um exemplo largamente discutido pela doutrina, não basta alegar em termos genéricos que o visionamento de materiais pornográficos provoca um aumento da violência sobre as mulheres para justificar a sua proibição. Particularmente importante, neste contexto, é a necessidade de evitar a confusão entre *causalidade* e *correlação*. A existência de uma correlação entre dois fenómenos, como a pornografia e a violência sexual, não significa que se verifique entre eles um nexo de causalidade. Um outro aspecto a ter em atenção diz respeito ao perigo de se cair na conhecida falácia *post hoc, ergo propter hoc*. Na verdade, há que se ter em conta que o facto de um evento surgir depois de outro não significa, necessariamente, que o mesmo tenha sido causado por ele.” MACHADO, 2002, p. 734.

567 SILVA, 2002, p. 39. “A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto

que o da adequação é um exame absoluto” (p. 39).

568 Não se entenda aqui, como bem pontuou Rebeca Garcia, que no exercício da ponderação atribuída ao magistrado lhe caiba reescrever a obra. Tal tarefa é exclusiva do autor e, em não sendo possível, a proibição da publicação será medida traumática, porém necessária. GARCIA, 2012, p. 61.

569 Sobre as duas vertentes da doutrina dos direitos fundamentais preferenciais, Cláudio Chequer descreve que uma delas reconhece a prevalência absoluta de um direito fundamental sobre outros direitos da mesma natureza, ao passo que a outra, originada da Suprema Corte norte-americana no *Caso United States vs. Carolene Products Co.*, confere prevalência de um direito sobre o outro apenas na hora de proceder à ponderação dos interesses em conflito. É esta vertente que defende o autor, bem como parte significativa da doutrina nacional brasileira. CHEQUER, 2011, p. 96 *et seq.*

570 Em seu voto, Barroso destaca que o caso das biografias, julgado na referida ADI 4.815, não mereceria ênfase apenas na sua conclusão, mas sobretudo nas razões de decidir. Nelas, mais uma vez defende, com veemência, a tese da posição preferencial.

571 BARROSO, 2007b, p. 82-83. Em conclusão, à p. 99, refere Barroso que *preferência* não significa *superioridade*. Na doutrina espanhola, também afirmando o posicionamento da jurisprudência constitucional daquele país nesse sentido, confirmam-se VERDA Y BEAMONTE, 2012, esp. p. 57 e AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 256.

572 Assim também DIAS, 2012, p. 219. Segundo o autor, “há a defesa da democracia na medida em que é garantido o exercício do direito individual de manifestação do pensamento e de opinião, associado à dimensão coletiva da liberdade de expressão e de informação ‘para a formação da opinião pública pluralista’. Nesse caso, estamos diante de ‘direitos preferenciais’ dos cidadãos, ideia ‘desenvolvida na década de 1940 pelos Tribunais norte-americanos’, segundo a qual a ‘presunção de validade da norma atacada transforma-se em presunção de invalidade’, recaindo sobre o órgão que a editou o ônus de comprovar legitimidade. Assim, emerge uma presunção de legitimidade dos atos de publicação de biografias de personalidades de relevante atuação na vida artística, esportiva, cultural, musical e política do país, com a imposição, em contrapartida, do ônus argumentativo para a demonstração da legitimidade aos que buscam a proibição da difusão da obra” (p. 211).

573 MACHADO, 2002, p. 743.

574 DIAS, *op. cit.*, p. 209, 211 e 216.

2.6 O tempo no direito: entre memória e esquecimento

Falar de biografia é, antes de mais nada, falar sobre o tempo. O tempo no discurso⁵⁷⁵, o tempo da vida da pessoa retratada, o tempo que separa a experiência vivencial e a produção da obra biográfica etc. E aqui já se pode apontar uma das principais questões que hoje vão ser discutidas no direito em relação às biografias: a possibilidade de se biografar uma pessoa em vida, considerando (a) os reflexos da publicação no cotidiano do biografado e (b) a ausência de um distanciamento que muitos historiadores julgam importante para a reconstrução do dado histórico. A noção de tempo (entendido como uma instituição social) influencia a forma como vemos as biografias hoje e como as víamos no passado. Ainda sobre a noção de tempo, lembra Heidegger, segundo palavras de Derrida, que “‘nosso tempo histórico próprio’ só se determina a partir de um futuro anterior. Nunca sabemos, no momento presente, o que é nosso tempo histórico próprio”.⁵⁷⁶

Nesse sentido, pode-se elaborar a seguinte questão: em que medida a nossa noção de tempo reflete o modo como vemos as biografias?

O tempo mostra-se, na compreensão contemporânea, uma elaboração muito mais *cultural* do que *espacial* ou *subjética*. “O mercado, por exemplo, impõe atualmente o *tempo* e dita a medida a todos os Estados do planeta no quadro de uma economia mundializada e privatizada.”⁵⁷⁷ A tese central de François Ost em *O*

tempo do direito gira em torno de algumas constatações importantes. A primeira delas é justamente de que “o tempo é um instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica”.⁵⁷⁸ A segunda é de que, mais do que um discurso de proibições ou sanções, o discurso do direito é um discurso performativo, “um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade”.⁵⁷⁹ Assim, chega o autor à sua terceira tese, importante porque une os sentidos de tempo e direito, em uma dialética profunda de interligação entre ambos. O direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que o tempo determina a força instituinte do direito.⁵⁸⁰

É a partir dessa dialética que Ost constrói uma divisão do tempo em quatro estados: 1. ligar o passado (a memória); 2. desligar o passado (o perdão); 3. ligar o futuro (as promessas — os comprometimentos normativos); 4. desligar o futuro (os questionamentos, as revisões). No que tange ao tema das biografias, poderíamos dizer que se trata mais proximamente da primeira divisão sugerida pelo autor: *ligar o passado*; mas sem esquecer que, em cada uma dessas dimensões, como a da memória, a dialética se opera intrinsecamente, pois não se pode negar que na própria memória há muito de esquecimento.⁵⁸¹

A elaboração cultural do tempo não pode deixar de considerar o papel do desenvolvimento da escrita e a difusão da comunicação informática, uma vez que ambas introduziram novas questões na temporalidade. Assim, a linguagem escrita (e, diríamos ainda, a escrita impressa, desenvolvida por Gutenberg) inscreveu as sociedades em uma temporalidade durável; já a informática e a linguagem das novas tecnologias, em uma “temporalidade real, operando diretamente e em curto-circuito o trabalho do tempo”.⁵⁸²

Essas duas características da temporalidade — durável e “real” — adquiridas com o desenvolvimento das sociedades voltarão a ser abordadas no capítulo terceiro (seção 3.4), pois interferem na produção biográfica.

Conforme François Ost, “Sem memória, uma sociedade não se poderia atribuir uma identidade, nem ter pretensões a qualquer perenidade”.⁵⁸³ Em “O direito à verdade”⁵⁸⁴, Stefano Rodotà aborda a questão da construção da memória (política) a partir do direito à verdade, indagando, no entanto, *como* se pode falar desse direito, *quem* são seus titulares e *quais* são seus conteúdos.⁵⁸⁵ E sublinhando que o recurso à memória ou ao esquecimento não implica uma incompatibilidade entre ambos, uma vez que a verdade é funcionalizada em razão de um objetivo de reconciliação (política), pergunta o autor: “Quanta verdade é compatível com essa finalidade? Quando e como é possível coordenar, entre si, memória e esquecimento?”.⁵⁸⁶

Ainda que de tema político não se trate, especificamente, uma biografia, o mesmo argumento da atribuição de identidade é válido para a defesa da produção biográfica, considerando sua importância como gênero histórico e literário universal. Nesse sentido, igualmente, pode-se questionar: como falar deste direito à verdade, quem são seus titulares e quais são seus limites? Para Rodotà:

Um direito geral e incondicionado à verdade não pode ser construído nem mesmo sob a perspectiva das pessoas. Mais adiante serão considerados analiticamente sobretudo os entrelaçamentos que levam à identidade, à privacidade, à livre construção da personalidade. Se, porém, se considera a aproximação entre o direito à verdade e o direito de saber, que aparece em todas as experiências das comissões da verdade, torna-se evidente a impossibilidade de generalizar este modelo, de identificar sempre o direito à verdade com a pretensão de cada um de conhecer tudo de todos. “As vidas dos outros” não só devem ser mantidas intangíveis ao aparato

policial, mas merecem respeito por parte de cada pessoa. Retorna, assim, junto com a relação entre esfera pública e esfera privada, também a das vinculações entre as diversas esferas privadas. Se a regra é aquela segundo a qual ninguém pode se apropriar da “verdade” de outrem sem o seu consentimento, sem que o interessado conscientemente aceite ceder as próprias informações, um limite está assinalado e um critério está individualizado de modo a evitar que a cobiça por informações se disfarce em necessidade de verdade.⁵⁸⁷

Transpondo para o presente estudo a questão da memória, têm-se as biografias como uma espécie de combate ao esquecimento, já que a forma do narrar biográfico, diferentemente da crônica e do jornalismo com seus “perfis”, é a do tempo longo. Memórias de uma vida que teve um papel de destaque na historiografia.⁵⁸⁸

Ost aponta aí um paradoxo (e ele vai tratar de vários ao longo de sua análise), que é o paradoxo com o qual todo historiador lida: o fato de que a memória, longe de se opor ao esquecimento — como também refere Rodotà —, ela o pressupõe.⁵⁸⁹ Toda sociedade precisa, pelo menos parcialmente, desligar o passado e assim ligar o futuro, no que se percebem dois polos de regulação jurídica do tempo social: o perdão, como esta capacidade de “soldar o passado”, e a promessa, entendida como capacidade de “creditar o futuro”.⁵⁹⁰ Em palavras do autor: “qualquer organização da memória é igualmente organização de esquecimento”.⁵⁹¹

Carlos Drummond de Andrade já dizia antes de as biografias se tornarem um fenômeno mercadológico e motivo de disputas judiciais acaloradas que: “Toda história é remorso”. Considerando que as biografias constituem, conforme a aceção comum dos dicionários, a “descrição da vida [leia-se história] de uma pessoa”, invariavelmente ela conterá episódios que o retratado preferiria esquecer.

Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder apontam para o fato de que o debate em torno da existência de um direito ao

esquecimento é cíclico. Ao apontar algumas decisões nacionais e estrangeiras sobre a questão da existência desse direito, colocam em evidência questionamentos importantes como: é possível, a qualquer tempo, a pessoa ser “cobrada” pelos atos cometidos em certa época? A sua veiculação, por ser verídica, estaria assim indefinidamente autorizada?⁵⁹²

O chamado “direito ao esquecimento” (*droit de l’oubli*) tem raízes no direito francês, país onde a legislação garante ao criminoso condenado, após o cumprimento da pena imposta e sua reabilitação, o direito a opor-se à publicação de fatos relacionados ao crime pelo qual fora condenado, tendo em vista que “le droit à l’oubli apparait comme une composante de la vie privée de tout citoyen, qu’il soit sous sauvegarde de la justice ou non. L’histoire judiciaire de tout citoyen est une composante de ce droit à l’oubli”.⁵⁹³ Atualmente, ampliou-se esse direito, reconhecido, em diferentes medidas e por diversos fundamentos (direito à intimidade, direito ao respeito da vida privada, bons costumes⁵⁹⁴ ou mesmo por fundamento próprio) pela jurisprudência e pela doutrina de países como Alemanha, Itália, Suíça, Bélgica, Espanha⁵⁹⁵, Finlândia e Holanda e, pela lei, como ocorre no Reino Unido.⁵⁹⁶ No ano de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia respondeu afirmativamente à seguinte pergunta formulada no caso em que um cidadão espanhol pleiteava, frente à Google Spain SL e à Google Inc., a adoção de medidas tendentes à retirada de dados pessoais seus dos motores do índice de buscas das requeridas, impossibilitando futuros acessos a eles⁵⁹⁷:

Devem os direitos ao apagamento e bloqueio de dados, regulados no art. 12, alínea b), e o direito de oposição, previsto no art. 14, alínea a), da Diretiva [95/46] ser interpretados no sentido de que permitem a [sic] pessoa em causa possa dirigir-se aos motores de busca para impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em página *web* de terceiros, com base na sua vontade de que a

mesma não seja conhecida pelos internautas quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseje que seja esquecida, mesmo tratando-se de uma informação publicada lícitamente por terceiros?⁵⁹⁸

No julgado constou ainda que se deve buscar um justo equilíbrio entre o interesse legítimo dos internautas e os direitos fundamentais da pessoa humana, equilíbrio esse que dependerá da natureza da informação em causa e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa, bem como do interesse do público em dispor dessa informação, que pode variar em função do papel por ela desempenhado na vida pública. Em linha diametralmente oposta, o direito norte-americano privilegia sobremaneira a liberdade de expressão, inviabilizando pleitos no mesmo sentido, bem como — e especialmente — quando se trata de condenados do sistema criminal.⁵⁹⁹ Com efeito, consoante aponta Whitman, nos Estados Unidos, quando as expectativas de liberdade de informação e de expressão, de descobrir e discutir segredos de vizinhos, celebridades e agentes públicos — portanto não apenas verdades sobre governantes e assuntos públicos, mas verdades sobre “pessoas” — colidem com expectativas de privacidade, “privacy almost always loses”.⁶⁰⁰

Historicamente, o caso de maior repercussão relatado pela doutrina é o *Caso Lebach*, conhecido como “assassinato de soldados de Lebach”, no qual o Tribunal Constitucional Federal alemão, em nome de um direito ao esquecimento e em proteção ao direito de desenvolvimento da personalidade, decidiu, em sede liminar, que uma rede de televisão não poderia transmitir documentário alusivo a crime cometido no passado (em 1969 o reclamante auxiliara no roubo de armas e munição, que resultou também em quatro assassinatos e uma lesão grave na cidade de Lebach), pois por eles o

autor da ação já havia respondido com o cumprimento de sua pena. O documentário seria transmitido na noite da soltura do reclamante, com dramatizações que mencionariam seu nome e detalhes de sua relação com os demais condenados, inclusive suas ligações homossexuais. Forte na própria previsão constitucional de que a colisão do direito à radiodifusão com outros bens jurídicos, no exame *in concreto* (e não a prevalência absoluta de um sobre o outro), pode levar à limitação daquela liberdade, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, o TCF cassou a decisão das instâncias inferiores que permitiam a veiculação do programa, o qual poderia causar, também conforme argumentação do TCF alemão, ameaça à reintegração do ex-condenado à sociedade.⁶⁰¹

No Brasil, alguns casos rumorosos podem ser facilmente lembrados quando se trata de um direito ao esquecimento, como o da apresentadora Xuxa Meneghel, relativamente ao filme *Amor estranho amor*. A apresentadora, em litígio contra a Google do Brasil Internet Ltda., acabou tendo a decisão condenatória que lhe favorecia revisada.⁶⁰² À diferença de outros casos julgados no Brasil e também em relação à origem do direito no sistema francês, é preciso ressaltar que a apresentadora Xuxa Meneghel nunca fora condenada — nem sequer acusada — pelo cometimento de qualquer crime, pleiteando judicialmente uma espécie de esquecimento em relação a seu passado de atriz que contracenou com um menino, em cenas erotizadas, o que hoje poderia ser questionado como pedofilia. Daí objetivar, a apresentadora, que se determinasse à ré a proibição “de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas Google, quaisquer resultados/links na hipótese de utilização dos critérios de busca ‘Xuxa’, ‘pedófila’, ‘Xuxa Meneghel’, ou qualquer grafia que se assemelhe a estas, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem

aspas”. Na decisão final do caso, julgado em última instância pelo Superior Tribunal de Justiça, o cenário se ergue sob argumentos como: 1. a impossibilidade do cumprimento da obrigação em decorrência do estado da tecnologia atual da internet e dos sistemas de busca; 2. a inconstitucionalidade do pleito em razão da imposição de censura prévia de conteúdo; e 3. a relevância do serviço prestado pelo réu, do qual dependeria o cotidiano de milhares de pessoas.

Nesse caso específico, sustentamos que “o fiel da balança” deveria pender para a garantia da proteção do direito da autora à honra, como expressão da dignidade humana, já que a liberdade de informação, aqui, é em verdade uma liberdade de divulgação, pois não parte de dado verídico (nem mesmo questionado), uma vez que a autora jamais foi denunciada — portanto tampouco condenada — pela prática dos crimes que a seu nome são vinculados na rede como resultado das buscas. Portanto, não se trata de um *stricto* direito ao esquecimento, pois não houve qualquer condenação no passado de que quisesse se distanciar a apresentadora, senão de um fato de sua biografia ao qual hoje se atribuem práticas criminosas. No julgamento pela Corte Superior decidiu-se pela liberdade de informação, deixando de considerar, no entanto, que no caso concreto a informação era inverídica e extremamente desabonadora.

O direito ao esquecimento “surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens”.⁶⁰³ No Recurso Especial nº 1.335.153-RJ, julgado em maio de 2013 — o famoso *Caso Aída Curi* —, o STJ não reconheceu o direito à indenização por danos morais e materiais pleiteado pelos irmãos desta vítima de homicídio ocorrido na década de 1950, em ação ajuizada contra a Rede Globo de

Televisão em razão da veiculação de programa televisivo (“Linha Direta”)⁶⁰⁴, que recontara o caso do assassinato. No acórdão, destacou o Ministro Relator que “O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito reagitar o que a lei pretende sepultar”. Todavia, “quando a imagem não for, em si, o cerne da publicação, e também não revele situação vexatória ou degradante, a solução dada pelo STJ será o reconhecimento da inexistência do dever de indenizar”.⁶⁰⁵

Em outro caso, cujo julgamento pelo STJ fora contemporâneo ao *Caso Aída Curi*, a Corte Superior julgou a favor do autor da demanda, que pleiteava o direito ao esquecimento em controvérsia que envolvia o rumoroso assassinato de meninos na Candelária/Rio de Janeiro no ano de 1993 (conhecido como Chacina da Candelária). No julgado constou que, apesar de verídicas, as informações, além de não serem contemporâneas, davam conta de o autor ter sido absolvido do crime, e revolver os fatos da época em programa televisivo causava ao retratado transtornos das mais diversas ordens. Segundo a decisão, um ordenamento jurídico que leve em conta uma evolução humanitária e cultural da sociedade, entre a memória — conexão do presente com o passado — e a esperança — vínculo do futuro com o presente —, fez clara opção pela segunda. “E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal de regenerabilidade da pessoa humana.”⁶⁰⁶

Historicamente, tem-se que justamente um “combate ao esquecimento” está na raiz do surgimento das biografias no Brasil, ligadas à criação do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro

(IHGB), em 21 de outubro de 1938. Sua finalidade era a de, por meio do trabalho de seus sócios, combater o esquecimento por meio da *Biografia dos brasileiros distintos por letras, armas e virtudes*, fórmula essa mantida até 1850, ano em que a sessão passa a se chamar *Biografias de brasileiros distintos ou de indivíduos ilustres que serviram ao Brasil*.⁶⁰⁷

De fato, segundo a fórmula de Cícero *historia magistra vitae* (mestra da vida), verifica-se que “uma das atribuições da história era narrar a vida dos grandes homens, dignas de memória, para oferecê-las à imitação das gerações ulteriores”.⁶⁰⁸ Segundo Maria da Glória de Oliveira,

A escrita biográfica apresentava-se, portanto, como portadora de *exempla*, servindo, acima de tudo, para instruir os brasileiros no presente. No Brasil oitocentista, as letras converter-se-iam, nas palavras de Cunha Barbosa, em “poderoso instrumento de civilização”, conferindo glória e posteridade ao nome do imperador e aos faustos do seu reinado.⁶⁰⁹

Para a história ser completa, era preciso dar vida ao passado, tornar os mortos visíveis, presentes.⁶¹⁰ O espírito de um povo manifestar-se-ia nos indivíduos notáveis.⁶¹¹ Araújo Porto Alegre, importante integrante do grupo fundador do IHGB, dizia que

Conhecida a biografia de todos os homens salientes de uma época, seja qual for a sua ação civilizadora, está conhecida a história daqueles tempos porque nos seus atos, nas suas ideias, nos seus resultados, está o movimento geral, as peripécias do drama animado da sociedade, onde cada um destes indivíduos foi ator e compositor [Porto Alegre, 1956:353-4].⁶¹²

Ainda conforme Maria da Glória de Oliveira, “A frase acima remete à ideia de Thomas Carlyle, de que a vida social seria resultado de todas as vidas individuais que compõem a sociedade, ou, ainda, de que a história seria ‘a essência de inúmeras biografias’”.⁶¹³

Tais biografias, no entanto, ao que nos indica Sebastião Augusto Sisson, partiam da dicotomia presente na sociedade entre o espaço público e o espaço privado, reconhecendo que a biografia do homem público não deveria conter dados de sua vida pessoal: “Em nossos trabalhos biográficos, esmerilhando cuidadosamente a vida pública do homem, suspenderemos nossos passos diante do lar doméstico; e cerraremos os olhos ao proceder particular: não pertence ao escritor a vida íntima do cidadão”.⁶¹⁴

Hoje as biografias são bastante diferentes nesse aspecto, não se podendo cogitar como que na atualidade se poderia defender o que Justiniano José da Rocha, em biografia do Marquês do Paraná, teria afirmado em outros tempos: “Nada diremos do nascimento, da família, da educação de Honório Carneiro Leão; só temos que entender com o homem político”.⁶¹⁵ Parece-nos ter razão o biógrafo de Nelson Rodrigues, contemporâneo que assim introduz a história da vida do escritor, dramaturgo e jornalista falecido em 1980:

Esta é uma biografia de Nelson Rodrigues, não um estudo crítico. Aqui se encontrará onde, quando, como e por que Nelson escreveu todas as suas peças, romances, contos e crônicas, mas não espere “análises” ou “interpretações”. O que se conta em *O anjo pornográfico* é a espantosa vida de um homem — um escritor a quem uma espécie de ímã demoníaco (o acaso, o destino, o que for) estava sempre arrastando para uma realidade ainda mais dramática do que a que ele punha sobre o papel.⁶¹⁶

Realmente, não se afigura plausível nos dias de hoje analisar a importância do estudo biográfico somente sob a perspectiva pública da vida do biografado (mesmo porque impossível, verdadeiramente, traçar essa linha divisora), na medida em que ela se constrói em estreito laço com quem o biografado é nas suas relações de caráter privado. É preciso entender o homem para poder entender o personagem, a figura pública.

Exemplo disso pode ser visto no caso de um pai que, em autobiografia para um informativo da municipalidade da qual era prefeito, fez referência à existência apenas de seus dois filhos havidos na constância do casamento, deixando de mencionar a filha que tivera em uma relação extraconjugal. Pela omissão, foi condenado pelo TJMG a indenizar a filha em 15 mil reais. O desembargador relator do processo observou, conforme matéria jornalística, que “a ausência da citação do nome da menina no informativo, ao qual tiveram acesso todos os moradores da cidade onde o réu é prefeito, ‘importa em demonstração de desconsideração pública da pessoa da autora’”.⁶¹⁷ A justificativa para a afirmação de que é preciso entender o homem para entender a figura pública encontra-se claramente demonstrada nesse exemplo, não se afigurando plausível afirmar que seu ato em relação à filha nada tem a ver com a imagem pública que o político projeta.

Destaca-se, porém, que, se por um lado, o direito à liberdade de expressão encontra limites em outros direitos, também neles afirma-se como limitador, sendo o direito ao esquecimento uma das importantes balizas à afirmada liberdade, nos termos do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim dispôs: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.⁶¹⁸ Mas será que esse direito ao esquecimento pode ser aplicado às biografias ou apenas à liberdade de informação jornalística, seja na mídia impressa, virtual ou televisiva?

No Brasil, o direito ao esquecimento — como direito, por outro lado, da vítima e/ou de familiares da vítima de um fato criminal — ainda não foi debatido nos tribunais no terreno das biografias, talvez pelo fato de que tais livros constituam, em verdade, livros-

reportagens e não biografias, como o recente *Indefensável: o goleiro Bruno e a história da morte de Eliza Samudio*, escrito pelos jornalistas Paulo Carvalho, Paula Sarapu e Leslie Leitão, publicado em 2014. No caso da morte da atriz Daniela Perez, referido na introdução, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro levou em consideração as violações aos direitos da personalidade apontadas pela autora da ação, a mãe da atriz, Glória Perez, e não propriamente um direito ao esquecimento.⁶¹⁹

Já no *Caso Doca Street*, o direito ao esquecimento fora pleiteado por ele, assassino da atriz Ângela Diniz, e não pela família da vítima em razão do livro por ele publicado, *Mea culpa*, apresentado pela própria editora como “o depoimento que rompe 30 anos de silêncio”. Na autobiografia, o assassino confesso relata o dia do crime com detalhes de seu estado emocional, os dias tormentosos de sua prisão fixada em 15 anos de reclusão, o papel da imprensa no resultado de seu julgamento e na formação da opinião pública e faz, de fato, um mea-culpa, reconhecendo que merecera todas as declarações negativas feitas por amigas e pessoas próximas da vítima, “pois, se estivesse no lugar delas e matassem um amigo meu, faria a mesma coisa”.⁶²⁰ Ao final do livro, Doca Street relata a tentativa frustrada de se produzir um filme sobre Ângela Diniz no Brasil e de sua pronta contrariedade em razão das inverdades que provavelmente conteria sobre si e sobre seu relacionamento com a vítima, em relação às quais inclusive já havia proposto uma ação contra um jornalista do jornal *Valor Econômico*, sagrando-se vencedor.⁶²¹ Da mesma forma, relata a sua tentativa, igualmente frustrada, de que o programa Linha Direta de 5 de junho de 2003 não fosse ao ar retratando a sua vida com Ângela Diniz, mas em relação a ele não obteve sucesso.⁶²²

Em outro julgado (o acima referido *Caso Aída Curi*), ainda que não se tratasse de biografia, afirmou o Ministro Relator que “as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento, se assim desejarem, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhe causaram, por si, inesquecíveis feridas”.⁶²³

Embora o direito ao esquecimento seja uma questão relevante para o tema das biografias, verifica-se que é no terreno dos livros-reportagens que ela ganha maior destaque, tendo em vista, consoante se examinou no capítulo primeiro, que uma biografia não pode ser assim compreendida se buscar examinar apenas um fato — por mais relevante que seja — da vida de seu personagem. Se, na prática, tais livros podem ser catalogados, muitas vezes, como biografia, para a análise do merecimento de tutela de tais relatos, mostra-se prudente a distinção, ainda que ambos os gêneros encontrem amparo, salvo a demonstração de abuso, no mesmo valor constitucional, a saber: a liberdade de expressão.

575 Leonor Arfuch lembra que Ricoeur vê o tempo do relato (discurso narrativo) como um “terceiro tempo”, entendido como um “produto do entrecruzamento da história e da ficção, dessa mútua imbricação dos relatos”, o qual “encontra no conceito [...] de *identidade narrativa*, que pode designar tanto um indivíduo quanto uma comunidade, um ponto de articulação”. Para Ricoeur, o dilema sobre *quem é o sujeito da história* se resolve “com a substituição de um ‘mesmo’ (*idem*) por um ‘si mesmo’ (*ipse*); sendo a diferença entre *idem* e *ipse* a que existe entre uma identidade substancial ou formal e a identidade narrativa, sujeita ao jogo reflexivo, ao devir da peripécia, aberta à mudança, à mutabilidade, mas sem perder de vista a coesão de uma vida. A temporalidade mediada pela trama se constitui, desse modo, tanto em condição de possibilidade do relato quanto em eixo modelizador da (própria) experiência”. ARFUCH, 2010, p. 114-116.

576 DERRIDA, 2010, p. 83.

577 Assim OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 25.

578 *Ibidem*, p. 12.

579 *Ibidem*, p. 13.

580 Conforme Ost, “contra a visão positivista que não fez mais que exteriorizar o tempo, nós mostraremos que não é possível ‘dizer o direito’ senão ‘dando o tempo’; longe de se voltar à medida formal de seu desenrolar cronológico, o tempo é um dos maiores desafios da capacidade instituinte do direito” (2005, p. 14).

581 OST, 2005, p. 18.

582 *Ibidem*, p. 24-25.

583 *Ibidem*, p. 42.

584 Texto correspondente ao capítulo *Il diritto alla verità* da obra *Il diritto di avere diritti* (2012). Tradução de Maria Celina Bodin de Moraes e Fernanda Nunes Barbosa, com a revisão de Eduardo Nunes de Souza e Joyceane Bezerra de Menezes para *civilistica.com*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-à-verdade-civilistica.com-a.2.n.3.20131.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

585 RODOTÀ, 2008, p. 1.

586 *Ibidem*, p. 5.

587 RODOTÀ, 2008, p. 13.

588 Em *O tempo da história*, Philippe Ariès fala de um outro gênero literário importante: o testemunho. Sobre ele, diz Ariès: “O testemunho é, *ao mesmo tempo*: uma existência pessoal intimamente ligada às grandes correntes da História, e um momento da História apreendido na sua relação com uma existência particular. O empenhamento do homem na História é tal que o homem já não tem autonomia nem idade de autonomia, mas o sentimento nitidíssimo de uma consciência ou de uma rejeição entre o seu destino pessoal e o devir do seu tempo”. ARIÈS, Philippe. *O tempo da história*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D’Água, 1992, p. 70.

589 Seja-nos lícito transcrever aqui a síntese de Leonor Arfuch sobre a dialética entre memória e esquecimento. Leciona a autora: “A dialética entre memória e esquecimento, que marca, de Bergson a Proust, um fascinante percurso filosófico e literário, constitui uma dimensão social e existencial complexa, que vai além de uma escolha voluntária entre calar ou dizer ou de um esquecimento produzido pela acumulação do tempo e da experiência. Dimensão consubstancial daquilo que, imprecisamente, denominados ‘memória coletiva’ (Halbwachs, [1968] 1992), há esquecimentos compartilhados gerados por prescrição e proscrição, por desejo de sobrevivência, por motivos políticos, morais, de estado, por fantasias (ilustres) de origem, enfim, *usos do esquecimento*, cuja capacidade de dominação também pode ser de liberação (da reminiscência, da dor, do intolerável...). Ver Yerushalmi et al., *Usos del olvido* ([1988] 1989). A confrontação de entrevistas dentro de um mesmo universo pode revelar esses esquecimentos momentâneos nos quais se manifesta o inconsciente, segundo Freud — e até sua suspensão (o esquecimento do ‘esquecimento’) na dinâmica mesma do diálogo, a ponto de se tornarem irreconhecíveis *a posteriori* por parte dos próprios enunciadores. Na medida em que o tema da memória é um dos mais recorrentes na reflexão atual, sua constelação bibliográfica é praticamente inabarcável”. ARFUCH, 2010, p. 268.

590 OST, 2005, p. 38-39.

591 *Ibidem*, p. 60.

592 BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 287-306.

593 Em tradução nossa livre: “o direito a ser esquecido aparece como um componente da vida privada de cada cidadão, seja sob a salvaguarda da justiça ou não. A história legal de cada cidadão é um componente do direito ao esquecimento”. Disponível em: <http://prison.eu.org/IMG/pdf/droit_a_l_oubli.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2014. Ainda, refere o documento do *Banpublic* (Association pour la communication sur les prisons et l’incarcération en Europe) que “L’amnistie, dont l’origine grecque signifie “oubli”, est une notion de droit public pénal, qu’on peut définir comme l’acte qui stipule que des fautes passées devront être oubliées, et qui interdit à quiconque de les rechercher ou de les évoquer sous peine de sanctions. C’est une mesure de clémence accordée par le législateur qui ôte à l’infraction rétroactivement sa nature pénale et partant proscrit toute poursuite, toute condamnation, ou l’exécution d’une peine que ce soit à raison de sa nature, de celle de la peine ou du quantum de celle-ci ou au regard de la personne de son auteur. C’est donc pour rétablir la paix civile que les lois d’amnistie sont prises”. (“Anistia, cuja origem grega significa ‘esquecimento’, é um conceito de direito público criminal, que pode ser definido como o ato que estabelece que os erros do passado deverão ser esquecidos, e que proíbe a qualquer pessoa de investigá-los ou mencioná-los sob pena de enfrentar sanções. É uma medida de clemência concedida pelo Legislativo que retira a natureza criminosa retroativa do delito e, portanto, proíbe qualquer ação, condenação ou a execução de uma pena, quer baseada em sua natureza, quer em sua punição, em seu *quantum* ou em quem seja o seu autor. É para restaurar a paz civil que leis de anistia são feitas.” — tradução

nossa.) (p. 12).

594 Conforme relata FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da AJURIS*, a. 26, n. 75, p. 157-195, p. 191, set. 1999. Em caso julgado pelo antigo Tribunal de Justiça Imperial alemão (1879-1945), considerou-se ofensivo aos bons costumes, gerando responsabilidade civil, o fato de uma agência de informações ter publicado, com todos os detalhes, sentença penal que, vinte anos antes, condenara o autor da demanda.

595 VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 75-78.

596 Assim no *Rehabilitation of Offenders Act*, de 1974. FACCHINI NETO, 1999, p. 193.

597 Pode-se resumir o caso nos seguintes termos: em 5 de março de 2010, o sr. Mario Costeja González apresentou reclamação junto à Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra o La Vanguardia Ediciones SL, a Google Spain SL e a Google Inc., pelo fato de que, em pesquisas por seu nome nos motores de busca do segundo e terceiro reclamados, o resultado indexado para o internauta remetia a uma página do jornal *La Vanguardia* em que constava um anúncio, do ano de 1998, de venda de imóvel do reclamante em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívida deste em face à Segurança Social do país.

598 TJUE (Grande Secção). Processo nº C-131-12, julg. 13/5/2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

599 WHITMAN, 2004, p. 1195-1196. Excepcionalmente, precedente da Suprema Corte da Califórnia de 1931 reconheceu o referido direito, no *Caso Melvin vs. Reid*. Nele, a autora da ação, que havia sido prostituta e acusada de homicídio no passado (do qual restou absolvida), pleiteava o direito à indenização pelo fato de, passados sete anos e tendo ela recommençado a vida de forma bastante diversa, ter sido retratada em produção cinematográfica que utilizava seu nome de solteira e descrevia pormenorizadamente sua vida pregressa. Daniel Sarmento destaca que tal precedente “foi superado pela evolução da jurisprudência norte-americana em matéria de liberdade de expressão. Neste sentido, o Judiciário norte-americano em *Wilan vs. Columbia County*, julgado em 2002, chegou a afirmar: “o caso Melvin, paternalista na sua dúvida sobre a capacidade do povo de atribuir o peso próprio e não excessivo a história criminal de uma pessoa, está morto”. SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira (parecer doutrinário, p. 33-34). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>>. Acesso em: 14 fev. 2015. Whitman também refere o precedente californiano, no sentido de que representaria uma proteção à imagem, decorrente de uma “life of rectitude” (2004, p. 1203).

600 *Ibidem*, p. 1197.

601 SCHWABE, Jürgen (Coletânea Original); MARTINS, Leonardo (Org. e Introdução); HENNIG, Beatriz *et al.* (Trad.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal*

Constitucional Federal alemão. Fundação Konrad Adenauer, p. 486-494. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/16.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2014. Da decisão, colhe-se este importante trecho: “A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da *Grundgesetz*, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (*Menschenbild*) da *Grundgesetz* e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição” (p. 491-492). Na década de 1990, uma nova tentativa de barrar um programa televisivo que documentava o caso não teve a mesma resposta — mesmo porque não havia mais as mesmas circunstâncias. O conhecido *Lebach II*, julgado em 1999, agora lidava com a circunstância de que os nomes de alguns dos envolvidos foram mudados, suas imagens não foram exibidas e o transcurso de 30 anos já não apresentava as mesmas ameaças à ressocialização que antes. Sobre esta decisão, veja-se: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Não há tendências na proteção ao direito ao esquecimento. Boletim eletrônico *Consultor Jurídico*, de 25/12/2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 26 de out. 2014.

602 STJ. REsp 1.316.921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/6/2012.

603 STJ. REsp n. 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 28/5/2013.

604 Daniel Bucar relata que, na Itália, o caso mais conhecido em torno de um pleiteado direito ao esquecimento em ambiente televisivo já data de quase 20 anos: o *Caso Bolzano*, que tratava da morte de Milena Sutter, de 13 anos, no ano de 1971. Tal qual no *Caso Áida Curi*, afirma, o Tribunal de Roma entendeu que havia interesse histórico na transmissão, negando a tutela inibitória requerida pela família. BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *civilistica. com*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica-com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

605 Em parecer doutrinário intitulado “Liberdades comunicativas e ‘direito ao esquecimento’ na ordem constitucional brasileira”, Daniel Sarmento examina esse caso, assim como o *Caso Chacina da Candelária*. Para Sarmento, em linhas gerais, é possível reconhecer um campo residual para o “direito ao esquecimento” — “embora tal denominação não seja a mais adequada” — mas apenas quando estiver em questão a proteção de dados pessoais e nos casos em que não esteja envolvido interesse público. SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem

constitucional brasileira, p. 6. Disponível em:
<[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao)

Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>. Acesso em: 14 fev. 2015. Uma análise do *Caso Aída Curi* também pode ser conferida em BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento (www.civilistica.com). Conforme bem destacado pelo autor, a divergência aberta pela Ministra Maria Isabel Galllotti levou em conta o anonimato da vítima, bem como a falta de autorização dos interessados.

606 STJ. REsp n. 1.334.097/RJ, Rel. Min. Felipe Salomão, julg. 28/5/2013.

607 OLIVEIRA, Maria da Glória de. *Escrever vidas, narrar a história*: a biografia como problema historiográfico no Brasil oitocentista. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 100.

608 *Ibidem*, p. 39.

609 *Ibidem*, loc. cit. À página 62 refere ainda a autora que “o historiador deveria se empenhar na ‘glorificação do patriotismo’, e, para tanto, um dos seus sagrados deveres seria o de ‘apresentar à veneração dos pósteros a memória dos varões beneméritos, que engrandeceram a pátria’ (Araripe, 1894:273)”. Com efeito, “As biografias revelaram-se um gênero eficaz de oferecer lições e paradigmas de conduta aos cidadãos: ao *fazer ver* as virtudes morais no relato das vidas exemplares de seus ancestrais, elas incitariam à imitação e fortaleceriam a convicção de que a pátria era uma entidade real” (p. 62).

610 OLIVEIRA, 2011, p. 44.

611 *Ibidem*, p. 54.

612 *Ibidem*, p. 58.

613 *Ibidem*, loc. cit.

614 SISSON, Sebastião Augusto *apud* MATTOS, Ilmar Rohloff de. *O tempo Saquarema* — a formação do Estado Imperial. Rio de Janeiro: ACCESS, 1994, p. 175.

615 SISSON, 1994, p. 175.

616 CASTRO, Ruy. *O anjo pornográfico*: a vida de Nelson Rodrigues. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 7.

617 Disponível em: <www.JusBrasil.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2013.

618 E a justificativa do enunciado, cuja base fora o art. 11 do CC/02, referia: “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribuí a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2014.

619 Ver nota de rodapé nº 7.

620 STREET, Doca. *Mea culpa*. São Paulo: Planeta, 2006, p. 92.

621 *Ibidem*, p. 468-469.

622 TJRJ, Ap. Cível nº 200500154774, 19 CC, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, j.

7/3/2006.

623 STJ. RESp nº 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 28/5/2013.

3 Possíveis critérios para a solução do conflito e as formas de tutela dos direitos contrapostos

O que é bonito na biografia, aliás, é isto:
você muda um ângulo e capta outra vida.

Alberto Dines

No capítulo anterior examinamos, a partir do problema do merecimento de tutela das biografias, os princípios em conflito, a saber: princípio da liberdade de expressão *vs.* (sub)princípios da integridade psicofísica e da liberdade enquanto autodeterminação (por meio da tutela dos direitos da personalidade). Nessa análise, apontamos a inconstitucionalidade de qualquer entendimento *a priori* que afaste a possibilidade de tais publicações ou as legitime de forma absoluta. Cabe agora, neste capítulo, apontar qual deve ser o caminho para essa inafastável aplicação conjunta dos aludidos princípios, os quais sustentam o estado democrático de direito brasileiro.

Antes de iniciarmos essa tarefa, devemos repisar que a posição metodológica aqui assumida, em torno do chamado direito civil-constitucional, não permite uma escolha apriorística sobre qual princípio prepondera na solução de problemas abstratos. Ainda que se defenda neste livro que, no caso das biografias, a prescindir de

outras considerações, os princípios da integridade psíquica e da autodeterminação/*liberdade positiva*, teoricamente, devem ceder diante do princípio da liberdade (de expressão)/*liberdade negativa*, mais condizente com a dignidade humana, certo é que, na legalidade constitucional, a factualidade é indissociável da normatividade, aplicando-se sempre o “ordenamento do caso concreto”. Não no sentido de se advogar um particularismo jurídico⁶²⁴, senão de reconhecer que “todo o espaço da dinâmica jurídica é *aplicação* em relação às normas gerais que o fundamentam, mas *criação* em relação às normas inferiores que fundamenta”.⁶²⁵ Na comparação de Eros Grau, assim como o legislador aplica a Constituição quando legisla, o juiz, quando decide, aplica a lei, criando, dentro dela, uma norma individualizada.⁶²⁶ Em resumo, pode-se dizer que, “quando a norma jurídica chega a ser aplicada, ser e dever ser correspondem-se, e o direito tem o modo de ser da *concreta existência histórica*”.⁶²⁷

Em sentido abstrato, em termos de hierarquia, não há precedência de um princípio sobre o outro, como já se abordou na seção 2.5, ao tratarmos da ponderação de direitos constitucionais. Ao que nos parece, de modo geral só é possível dizer da “preponderância” ou “preferência” do princípio da liberdade de expressão sobre o da integridade psicofísica ou da liberdade enquanto autodeterminação na medida em que se reconhece, nas palavras de Canotilho, Machado e Gaio Jr., que, “no direito constitucional dos direitos fundamentais, a liberdade é a regra, e a restrição é a exceção”⁶²⁸, ou como dispõe nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com efeito, para uma eficaz tutela da privacidade enquanto expressão da dignidade da pessoa humana no tema das biografias (e nele o perigo das ofensas aos direitos da personalidade

anteriormente tratados), necessário se faz partir de uma afirmação da limitação de outro direito, ao que não se deve proceder sem antes olhar para o caso concreto e suas circunstâncias.⁶²⁹

Gustavo Tepedino, em parecer doutrinário nos autos da ADI 4.815, fala em “posição de destaque”⁶³⁰ das liberdades de expressão, pensamento e informação, justificada, historicamente, em nome da consolidação do Estado Democrático de Direito e definitivamente proclamado pelo STF na ADPF nº 130, na qual o então Ministro Ayres Britto destacou a “primazia ou precedência” das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*.⁶³¹

A responsabilidade é um correlato do poder.⁶³² Na medida em que se sustenta a desnecessidade de qualquer tipo de autorização prévia para a publicação de obras biográficas, dando-se, assim, um significativo poder a jornalistas, historiadores e escritores em geral, a responsabilidade, não apenas em sentido jurídico, mas também enquanto fundamento moral, aparece como consequência — mesmo porque *não há direito sem força*.⁶³³

Se o poder e o seu exercício corrente crescem até alcançar certas proporções, modifica-se não somente a magnitude, mas a natureza qualitativa da responsabilidade, pois os efeitos do poder geram o conteúdo do dever, sendo este essencialmente uma resposta àquilo que acontece. Essa situação inverte a relação habitual entre dever e poder. Em primeiro lugar, não é mais o que o homem deve ser e fazer (o imperativo de um ideal) e então pode ou não fazer, mas sim o que ele já faz *de facto*, porque ele pode, e o dever decorre do agir: ele lhe será repartido em função do fato causal dos seus atos. Kant dizia: você pode, porque você deve. Hoje deveríamos dizer: você deveria, porque você age, e você age, porque você pode, ou seja, seu poder exorbitante já está em ação.⁶³⁴

Esta é, pois, a proposta. Partindo de uma ética da responsabilidade, fundamentando-a em princípios como liberdade e dignidade humana, e conhecendo, através de uma “futurologia

comparativa”, o elo intermediário entre o saber ideal e o saber prático, apontar a solução jurídica, a partir da premissa metodológica do Direito Civil-Constitucional, para a problemática das biografias.

Conforme Jonas,

Esse elo intermediário de união e concretização, que descreve as situações futuras, não está separado da parte que se refere aos princípios fundamentais; ao contrário, ele está presente nesses próprios princípios, de modo heurístico. Assim como não saberíamos sobre a sacralidade da vida caso não houvesse assassinatos e o mandamento “não matarás” não revelasse essa sacralidade, e não saberíamos o valor da verdade se não houvesse a mentira, nem o da liberdade sem a sua ausência, e assim por diante — assim também, em nosso caso, na busca de uma ética da responsabilidade a longo prazo, cuja presença ainda não se detecta no plano real, nos auxilia antes de tudo a previsão de uma deformação do homem, que nos revela aquilo que queremos preservar no conceito de homem. Precisamos da ameaça à imagem humana — e de tipos de ameaça bem determinados —, para, com o pavor gerado, afirmarmos uma imagem humana autêntica. Enquanto o perigo for desconhecido não se saberá o que há para se proteger e por que devemos fazê-lo: por isso, contra toda lógica e método, o saber se origina daquilo contra o que devemos nos proteger. Este aparece primeiro e, por meio da sublevação dos sentimentos, que se antecipa ao conhecimento, nos ensina a enxergar o valor cujo contrário nos afeta tanto. Só sabemos o que está em jogo quando sabemos que isto ou aquilo está em jogo.⁶³⁵

Na passagem acima, Hans Jonas nos exemplifica com dois valores fundamentais para o tema desta obra: o valor da verdade e o valor da liberdade. E, da mesma forma, com a afirmação categórica e inexorável da deformação do (caráter) do homem.⁶³⁶ Reconhecer como verdade que a mentira, a covardia, a maldade, o interesse, a vingança, a mesquinhez, entre tantos outros comportamentos, fazem parte da complexidade do ser humano é requisito *sine qua non* para alcançar-se a melhor solução do intrincado problema jurídico em

análise. E isso para que lembremos, a todo instante, que são seres humanos tanto biógrafos quanto biografados.

Para Jonas, uma ética do futuro teria como primeiro dever “visualizar os efeitos de longo prazo”, quer dizer, mesmo onde o que deva ser temido ainda não tenha sido experimentado e tampouco possua analogias na experiência do passado e do presente, o mal deve ser imaginado, em uma produção intencional, dada a ausência de representação. Assim, obter uma projeção desse futuro torna-se um primeiro dever de uma ética da responsabilidade. O segundo dever seria aquele de mobilizar os sentimentos adequados à representação.⁶³⁷

É nesse contexto que o instituto da responsabilidade civil — uma conquista das sociedades democráticas — deve ser invocado e repensado no que tange às questões que envolvem liberdade de expressão e direitos da personalidade, a fim de se evitarem excessos de ambos os lados. Parece indiscutível que, filosoficamente, democracia e responsabilidade são pilares da discussão que cerca o tema da necessidade ou não de autorização para a publicação de biografias. Juridicamente, cabe lembrar que

O direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências tão improváveis quanto necessárias da justiça, isto é, momentos em que a *decisão* entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra.⁶³⁸

Os critérios (subjetivo e objetivo) a seguir propostos para a análise de merecimento de tutela de uma biografia devem ser examinados dentro dessa lógica de que o direito é elemento do cálculo da justiça, embora se possa reconhecer, de antemão, que prejuízos podem advir (e certamente advirão) para uma das partes (ou mesmo para ambas)

nos chamados *hard cases*. Tais critérios devem ser examinados de maneira dinâmica, a saber, nas diversas possibilidades biográficas que abordamos no capítulo 1, com destaque para a dita biografia romanceada. Embora um conceito jurídico tenha sido lá proposto, em termos de estrutura e função, a análise do merecimento de tutela de uma obra somente pode ser realizada se cada um dos critérios ora indicados for examinado em conjunto com os demais critérios e a partir daquele conceito⁶²⁴, possibilitando resultados diferentes conforme as várias combinações possíveis. Esse será um trabalho árduo a que o intérprete estará obrigado, mas o qual pretendemos auxiliar, de algum modo, com o presente estudo.

⁶²⁴ O que se defende é, na feliz analogia de Eros Grau, que “o trabalho jurídico de construção das normas aplicáveis a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo — e tal deve ser enfatizado —, a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo*, *op. cit.*, p. 55. Também realizando uma crítica ao “particularismo como força degenerativa do pluralismo”, veja-se PERLINGIERI, 2008, p. 13-14.

⁶²⁵ GRAU, 2013, p. 27.

⁶²⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁶²⁷ PERLINGIERI, 2008, p. 196. À página 197, nota 102, acrescenta Perlingieri: “Corolário da historicidade do fato e da sua valoração jurídica é que a experiência não funciona mais como ‘objeto normativo’, mas ‘concorre à individuação da realidade normativa’ (PERLINGIERI, *Scuole civilistiche*, *op. cit.*, p. 91), em um procedimento interpretativo único e global, no qual o significado da norma ‘muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence’”.

⁶²⁸ CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 32.

⁶²⁹ Como bem descreve Bruno Miragem, a compreensão parte do modo de exercício dos respectivos direitos de liberdade e de intimidade, vida privada e honra. Enquanto o primeiro se exerce mediante uma projeção pública, os demais são direitos cujo modo normal de exercício é passivo, não exigindo, portanto, uma atuação material de realização por parte de seu titular. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A liberdade de expressão e o direito de crítica pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 22, Porto Alegre: UFRGS, set. 2002, p. 12.

630 Parecer doutrinário na ADI 4.815 do STF, p. 9.

631 *Ibidem*, p. 9-10.

632 JONAS, Hans, 2006, p. 215.

633 KANT, Immanuel *apud* DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 8.

634 JONAS, 2006, p. 215. Explica Jonas, sobre o que considera o ponto crítico da teoria moral, que a passagem do *querer* ao *dever* é mediada pelo fenômeno do *poder*, e que, em sua contraposição, “poder” significa liberar no mundo os efeitos causais, que então devem ser confrontados com o dever da nossa responsabilidade, e que o “dever” é aquele de proteção do Ser humano como tal. “Assim, aquilo que liga a vontade ao dever, o *poder*, é justamente o que desloca a responsabilidade para o centro da moral.” *Ibidem*, p. 216-217.

635 JONAS, 2006, p. 70-71.

636 Uma análise sagaz do homem e de suas ambivalências é feita mais detidamente às páginas 343-346.

637 JONAS, 2006, p. 72. No caso das biografias, aquilo que tememos, de um lado, a violação a direitos da personalidade e, de outro, a restrição de liberdade com todos seus efeitos, podemos alcançar pela representação.

638 DERRIDA, 2010, p. 30. Ainda segundo Derrida, “Como conciliar o ato de justiça, que deve sempre concernir a uma singularidade, indivíduos, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu *como* o outro, em uma situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça, que tem necessariamente uma forma geral, mesmo que essa generalidade prescreva uma aplicação que é, cada vez, singular?” (2010, p. 31). E ainda, às páginas 44-45, sustenta: “Para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso. [...] O novo frescor, o caráter inicial desse julgamento inaugural pode repetir algo, ou melhor, deve ser conforme a uma lei preexistente, mas a interpretação re-instituidora, re-inventiva e livremente decisória do juiz responsável requer que sua ‘justiça’ não consista apenas na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora do julgamento. Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio. Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir. Pelo menos, se ela a garante de modo seguro, então o juiz é uma máquina de calcular; o que às vezes acontece, o que acontece sempre em parte, segundo uma parasitagem irreduzível pela mecânica ou pela técnica que introduz a iterabilidade necessária dos julgamentos; mas, nessa medida, não se dirá do juiz que ele é puramente justo, livre e responsável. Mas também não o diremos se ele não se referir a nenhum

direito, a nenhuma regra ou se, por não considerar nenhuma regra como dada para além de sua interpretação, ele suspender sua decisão, detiver-se no indecível ou então improvisar, fora de qualquer regra e de qualquer princípio. Desse paradoxo decorre que em nenhum momento podemos dizer *presentemente* que uma decisão é justa, puramente justa (isto é, livre e responsável), nem dizer de alguém que ele é um justo e, ainda menos, que ‘eu sou justo’. No lugar de ‘justo’, podemos dizer legal ou legítimo, em conformidade com um direito, regras ou convenções autorizando um cálculo, mas com um direito cuja autoridade fundadora apenas faz recuar o problema da justiça. Pois no fundamento ou na instituição desse direito o mesmo problema da justiça se colocará, violentamente resolvido, isto é, enterrado, dissimulado, recalcado. O melhor paradigma é, aqui, a fundação dos Estados-Nações, ou o ato instituinte de uma constituição que instaura o que se chama, em francês, o *état de droit* [estado de direito]”.

639 Não se apontará aqui, por exemplo, o que muitos poderiam entender como um *critério*, a saber, a *veracidade*, uma vez que este *elemento* faz parte do próprio conceito de biografia proposto no capítulo 1.

3.1 Critério subjetivo

Andorinha lá fora está dizendo:

— “Passei o dia à toa, à toa!”

Andorinha, andorinha, minha cantiga é mais triste!

Passei a vida à toa, à toa...

Manuel Bandeira

O critério subjetivo refere-se, primordialmente, ao protagonista da história narrada, àquele que terá seus direitos de personalidade mitigados (ou flexibilizados) na ponderação com outros interesses em conflito, aqui traduzidos genericamente na forma da liberdade de expressão examinada no capítulo 1. Esse critério conduzirá o intérprete a partir da análise do *sujeito-histórico*, isto é, do papel desempenhado pela pessoa nos acontecimentos de seu tempo, seja no campo das artes, do entretenimento, político, científico etc.

Considera-se que o critério subjetivo deva ser o primeiro a ser analisado pelo intérprete, ainda que não seja definidor do merecimento de tutela da biografia. Nesse sentido, devem-se examinar elementos como fama e interesse público e caracterizações como figuras públicas e sujeitos anônimos.

Do mesmo modo, porquanto não nos parece equitativo tratar da mesma maneira o relato da vida de uma pessoa ainda viva — com todos seus interesses da personalidade em pleno (mas nunca absoluto) vigor — em relação a alguém já falecido — sob quem não mais pendem de proteção tais interesses (senão outros, como a sua honra, a sua dignidade, a interpretação exata da sua história)⁶⁴⁹ —,

propõem-se aqui diferentes graus de aceitação quanto a esses critérios, sempre tendo em conta a potencial violação de direitos da pessoa e sua hierarquia. Pontualmente, será importante tal distinção entre pessoas vivas ou falecidas quanto ao segundo critério que abordaremos nesta seção: figuras públicas *vs.* anônimos.

640 PERLINGIERI, 2008, p. 722.

3.1.1 Fama e interesse público: celebridades, pessoas notórias e agentes políticos

Fama e interesse público não são palavras que podem ser usadas indistintamente. Ainda que a fama seja um atributo de toda celebridade — palavra que assume os mais diversos sentidos — e de grande parte dos agentes políticos, o interesse público pode não estar presente em muitas das narrativas que cercam uns e outros.⁶⁴¹ Dito de outra forma, a fama pode ser medida superficialmente. O interesse público, não. Uma pessoa pode adquirir fama por participar de um programa de entretenimento televisionado e, rapidamente, ser reconhecida com facilidade ao transitar pelas ruas e nas suas tarefas cotidianas.⁶⁴² Nem por isso, no entanto, poder-se-á reconhecê-la como protagonista de fatos que revelem o interesse público, mas a mera curiosidade do público.⁶⁴³

Essa curiosidade advém, muito frequentemente, de um sentimento nem sempre consciente de igualdade, que desperta nos sujeitos um interesse pela vida do outro, por tudo que lhe diz respeito. Se inicialmente o interesse alcançava a vida de grandes personalidades políticas, literárias e científicas, “o efeito de proximidade foi se transformando com o tempo em *efeito de celebridade*, ou seja, em ritual obrigatório de consagração de todo tipo de figura”.⁶⁴⁴

E continua Leonor Arfuch:

A celebridade, fenômeno de massas que surge em torno do final do século 19 é, no dizer de Ludmer (1999, p. 187), uma das “indústrias culturais do jornalismo, a indústria do desejo”. Sua aparição torna particularmente manifesta a relação mutuamente implicada entre lei de mercado e modelização como desejo identificador — e consumista —, em que as pessoas investidas desse valor passam a adquirir categoria de símbolos. Quase não é necessário acrescentar que, numa espiral ascendente, a celebridade é hoje um valor predominante na cena midiática.⁶⁴⁵

Com efeito, interesse público em nenhuma hipótese pode ser confundido com “interesse do público”.⁶⁴⁶ E mesmo o interesse público não é ilimitado, pois “para o direito, a generalidade do interesse não deve ser confundida com a hierarquia dos valores”.⁶⁴⁷

O interesse público pode ser diferenciado do mero interesse do público no exemplo da biografia de Marguerite Duras. Nela, a biógrafa, jornalista e amiga da escritora, Laure Adler, relata o caso que a escritora tivera, em sua adolescência na Indochina, com um rico comerciante chinês que a tomara por prostituta privada. Duras não se opôs à narração desses fatos, mas, quando a biógrafa descobriu o caso que a escritora também tivera com um oficial do regime nazista alemão responsável pelo envio do marido de Duras para um campo de extermínio, durante a ocupação de Paris, a escritora se opôs. Embora possa parecer, a uma primeira vista, tratar-se de fato de mero interesse “do” público, pondera Miguel Souza Tavares:

considerando a importância que Duras teve na literatura universal, a testemunha que ela foi de tempos de escolhas éticas determinantes, julgo que a biografia completa e não autorizada dela foi um contributo fundamental para melhor compreender a personagem e mesmo a escritora.⁶⁴⁸

E finaliza: “Se o livro tivesse sido proibido, teria sido um crime de ocultação da verdade”.⁶⁴⁹

É de destacar-se que a atenção que a narrativa de uma vida desperta nos diferentes grupos de leitores não deve ser confundida — a não ser em hipóteses excepcionais — com mera bisbilhotice. Nesse sentido, compartilhamos do entendimento de Mariza Guerra de Andrade, para quem, no gênero biográfico *histórico* (que é o objeto de pesquisa da historiadora), há, em última análise, um leitor em busca de si mesmo. Leitor esse que, na procura pela troca identitária

dos valores humanos que o gênero suscita, acaba por ser, erroneamente, confundido com fofoqueiro, tendo em vista a noção “ainda corrente e preconceituosa de que o consumo de biografias revelaria prática de bisbilhotice e de usurpação alheia”.⁶⁵⁰

⁶⁴¹ Otavio Luiz Rodrigues Junior sugere a existência do que chama *celebridade em sentido amplo*, “compreensiva de dois grupos: (a) os políticos e as (b) celebridades em sentido estrito, cujos exemplos mais evidentes seriam os jogadores de futebol; artistas; músicos; escritores famosos; participantes de *reality shows*; pessoas com presença recorrente em programas de televisão, como cientistas políticos, analistas econômicos e outros ‘consultores’ *ad hoc* dos meios de comunicação social; indivíduos que ganharam instantâneo conhecimento público, seja por atos excepcionais (*v.g.*, pessoas com comportamento heroico em desastres), seja por efeito de ‘exposições virais’ na internet”. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASETTARI, Christian (Coord.). *10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114-115.

⁶⁴² Uma sátira à fama repentina e totalmente imotivada bastante própria dos dias atuais é feita por Woody Allen no filme *To Rome with love* (“Para Roma com amor”). No filme, o personagem Leopoldo, interpretado por Roberto Benigni, torna-se, repentinamente, uma celebridade, sendo perseguido por repórteres e fotógrafos 24h por dia. Por ser apenas um homem comum “e previsível”, as perguntas a ele dirigidas em repetidas entrevistas e aparições midiáticas envolvem desde o que ele comeu em seu café da manhã até qual o tipo de roupa íntima Leopoldo costumava usar em seu dia a dia. No entanto, da mesma forma como, repentinamente, se tornou famoso Leopoldo foi esquecido (trocado por outro) pela mesma mídia que o criou como celebridade (Comédia. EUA, Espanha, Itália. 1h51 de duração. Lançado em junho de 2012).

⁶⁴³ O Enunciado nº 279 da IV Jornada de Direito Civil (2006) do Conselho Federal de Justiça utiliza a palavra *notoriedade*, assim postulando: “A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e de liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a *notoriedade do retratado* e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações” (grifo nosso).

⁶⁴⁴ ARFUCH, Leonor, 2010, p. 153.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 154.

⁶⁴⁶ MACHADO, 2002, p. 793.

647 PERLINGIERI, 2008, p. 146.

648 TAVARES, Miguel Souza. Vidas privadas, públicos direitos. *Revista Tribuna do Advogado*, p. 28-29, dez./jan. 2014.

649 *Ibidem*, p. 29.

650 ANDRADE, 2013, p. 16-17.

3.1.2 Figuras públicas vs. anônimos

Por *figuras públicas* devem ser tomados, em linhas gerais, todos aqueles cuja obra tenha alcançado uma proporção que o torne reconhecido socialmente. Significa que a pessoa possui uma *imagem pública*.

Na doutrina e na jurisprudência alemãs, fala-se de *pessoas da história do tempo* (*Person der Zeitgeschichte*), em sentido absoluto e relativo, passado e presente (contemporâneo).⁶⁵¹ Na jurisprudência americana fala-se em figuras públicas voluntárias e involuntárias, definitivas e temporárias, ilimitadas e limitadas. “Através desta metodologia, o conceito de figura pública é densificado a partir de seu interior. O bordo exterior do conceito é delimitado por contraposição com a figura privada.”⁶⁵²

Figuras públicas voluntárias seriam aquelas que, deliberadamente, procuram a fama e a notoriedade em razão de suas escolhas de vida, tendo decidido por um maior protagonismo social, assumindo o “risco de exposição”, o que lhes daria uma menor margem de resguardo, pois “gravitam numa órbita de interesse e escrutínio público, em que o *interesse informativo* ou a *dignidade noticiosa* (*newsworthiness*) se confunde com a mera curiosidade pública”.⁶⁵³ Embora aceitemos essa ideia de um risco de exposição a limitar os direitos da personalidade de figuras públicas, como também consideram a doutrina nacional e a portuguesa de modo praticamente pacífico⁶⁵⁴, é importante destacar que não vemos essa assunção de risco de forma absoluta, no sentido de se afirmar que as figuras públicas não possuem, por exemplo, o direito à privacidade, como alguns chegam a afirmar no debate público, ou ainda que uma pessoa que consentiu com a publicação de fotos “embaraçosas” suas

em um determinado momento não possa retirar esse consentimento posteriormente, sob dadas circunstâncias, ainda que seja seu o ônus de demonstrar a supremacia de seu direito na hipótese concreta. Portanto, é preciso dizer que o reconhecimento de um menor grau de proteção não significa, em relação às figuras públicas ditas voluntárias, em hipótese alguma, defender a sua instrumentalização.

As figuras públicas involuntárias seriam aquelas que, a despeito da ausência de uma decisão consciente pela visibilidade social, acabaram, também em razão de suas escolhas de vida (profissional, por vocação ou por seus feitos), suscitando um legítimo interesse do público. Conforme Canotilho, Machado e Gaio Júnior,

Alguns tornam-se figuras públicas por “pouca sorte”, i. e., por estarem no sítio errado na hora errada (v.g., um controlador de tráfego aéreo na altura de um acidente de avião). Outros assumem claramente os riscos inerentes à publicidade (v.g., cirurgião plástico de celebridades), em virtude das suas ações e omissões. Nesta categoria podem incluir-se, nomeadamente, pessoas que surgem associadas a um evento com interesse informativo, ou dignidade noticiosa, tais como as vítimas de crimes⁶⁵⁵ ou de acidentes, os suspeitos ou acusados de crimes, pessoas conhecidas por atos heroicos ou cuja informação colocada nas redes sociais suscitou grande interesse do público. [...] Igualmente reconduzíveis a esta categoria são familiares, amigos, sócios ou funcionários de figuras públicas voluntárias. O caso das crianças é mais problemático, dada a sua especial vulnerabilidade.⁶⁵⁶

Essa primeira classificação (norte-americana e alemã) pode ser utilizada aqui para estabelecer, dentro do critério subjetivo, um subcritério, evitando-se generalizações que não contribuem para o melhor equilíbrio dos direitos em conflito. A partir dele o leque de abertura para uma interferência nos direitos da personalidade será maior ou menor, tendo em vista a participação do próprio sujeito de direitos na criação de expectativas legítimas de interesse sobre a sua vida e sobre a sua história. De forma alguma invoca-se aqui qualquer

ideia aproximada de “culpa” (ou concorrência de fatores) na perda de direitos inerentes à condição de pessoa humana. O que se quer afirmar, tão somente, é a limitação interna de tais direitos na hipótese concreta em razão de uma legítima expectativa da coletividade e de uma igual expectativa (negativa) do próprio sujeito. Em sentido oposto — reconhecendo-se a concorrência de fatores — pode-se verificar, em alguns (e excepcionais) casos, que de fato há aqueles que se entregam, por vontade própria, ao vedetismo, os quais expõem, voluntariamente, a sua privacidade, e até mesmo a sua intimidade no espaço público.⁶⁵⁷ Para Cinara Palhares, com quem concordamos neste ponto, esta pessoa não poderá posteriormente, em *comportamento contraditório*, alegar amplamente violação dos seus direitos da personalidade.⁶⁵⁸

Tomemos como exemplo o comportamento de dois artistas da música brasileira, João Gilberto e Roberto Carlos. Na biografia de Roberto Carlos escrita por Paulo Cesar de Araújo, o biógrafo demonstra, a todo instante, o comportamento do artista no sentido de expor sua vida privada em entrevistas para a mídia impressa e televisiva, programas de tevê, entrevistas coletivas precedentes ao lançamento de cada álbum e, especialmente, na composição de suas músicas, a maioria de tom confessional, como o próprio artista sempre admitiu, inclusive em relação a um dos episódios mais dolorosos de sua vida, o acidente que o vitimou na infância.⁶⁵⁹ O comportamento de João Gilberto, em mais de 50 anos de carreira, é sabidamente diverso, mostrando-se o compositor e intérprete extremamente avesso a aparições e a exposições de sua vida privada.

Dúvidas podem ser apontadas em casos como o do lendário Virgulino Ferreira, o Lampião. No acórdão que, reformando por

unanimidade a sentença⁶⁶⁰, reconheceu o direito do escritor à publicação da biografia do Rei do Cangaço, constou que

O personagem principal do livro é uma figura pública — o falecido Cangaceiro Lampião, e “as pessoas públicas, *por se submeterem voluntariamente à exposição pública*, abrem mão de uma parcela de sua privacidade, sendo menor a intensidade de proteção (esfera privada e íntima)”.⁶⁶¹

Será que, de fato, Lampião voluntariamente se submeteu à exposição pública ou tal decorreu do fato de ser ele protagonista de uma história que, por seus contornos, desencadeou o interesse público? Percebem-se, da decisão aqui referida, o perigo de generalizações e a consequente vantagem de classificações que auxiliem o julgador na análise do merecimento de tutela de obras de marcado conteúdo privado.

Haveria também a classificação das figuras públicas em permanentes e temporárias. As permanentes seriam aquelas que “de uma forma ou outra, definitivamente se radicam na história do tempo”.⁶⁶² As temporárias, aquelas “dotadas de um estatuto de celebridade apenas por algum tempo”.⁶⁶³ O importante nessa classificação está no fato de que poderia haver uma certa separação entre a vida privada e a vida pública da pessoa. No entanto, concordamos com Canotilho, Machado e Gaio Jr. quando sustentam que “a maior ou menor permanência do estatuto de figura pública poderá depender menos do estilo de vida do visado do que da permanência do interesse público nos fatos da sua vida pessoal”.⁶⁶⁴ Da mesma forma, absolutamente pertinente é a constatação de Bruno Lewicki, para quem a invocação de uma “vida privada” (expressão consagrada pelo direito francês) em contraposição à “vida pública”, “como se as pessoas pudessem, de fato, levar duas vidas

completamente apartadas”, não se sustenta. Segundo bem destaca Lewicki:

Dupla dicotomia: duas vidas, dois direitos, um privado e outro público. Tanto a pessoa quanto o ordenamento, contudo, são unos; direito público e direito privado não são reciprocamente impermeáveis, e a ideia da duplicidade de “vidas” não parece menos inadequada. Deve ser sublinhado, todavia, que a expressão “vida privada” tem, como indisfarçável virtude, a amplitude necessária para abarcar uma ideia tão multifacetada.⁶⁶⁵

Por fim, uma última classificação apontada por Canotilho, Machado e Gaio Jr., relativamente à jurisprudência norte-americana, distinguiria as figuras públicas em ilimitadas e limitadas, em uma dicotomia semelhante à alemã entre pessoas absolutas e pessoas relativas. Segundo Canotilho, Machado e Gaio Jr.,

As primeiras atingem uma notoriedade alargada aos vários domínios da vida social, ou seja, em todos os contextos e para todos os efeitos (*all-purpose public figures*). Aos mais variados assuntos surgem sempre associadas as mais variadas pessoas, tornando-se quase impossível discutir assuntos sem discutir pessoas. Algumas delas tornam-se verdadeiras figuras públicas, correspondendo, em larga medida, às “pessoas absolutas” da história contemporânea (*absolute Personen der Zeitgeschichte*). [...] É impossível discutir filosofia sem discutir as vidas de Sócrates, Platão, Immanuel Kant, Martin Heidegger ou Jean-Paul Sartre. [...] Em sentido oposto, o conceito de *figuras públicas limitadas* abrange aquelas pessoas beneficiadoras do estatuto de figuras públicas com alcance diminuto e temporário. Num certo sentido, trata-se aqui das *relative Personen der Zeitgeschichte* referidas pela doutrina alemã. Em muitos casos estamos diante de figuras públicas involuntárias [...]. Pode dar-se, porém, o caso de as mesmas permanecerem figuras públicas *ratione materiae*, isto é, sempre que se voltar a falar sobre a questão de relevante interesse público a que as mesmas sejam associadas.⁶⁶⁶

Os autores apontam uma clara proximidade entre as noções de figura pública limitada (ou relativa) e figura privada, destacando um importante ponto em defesa da preservação dos interesses

existenciais destas em detrimento do interesse público. Como bem referem, esta não procurou a visibilidade pública e tampouco dispõe de facilidade de acesso aos meios de comunicação, o que a priva da capacidade de resposta, tornando-a, por isso, mais vulnerável (e, assim, mais necessária se torna a sua tutela).⁶⁶⁷

Um argumento importante que se destaca na defesa das biografias é o de que, ao serem “apenas versões” sobre a vida do biografado, podem ser escritas cinco, dez, vinte biografias de um mesmo personagem, apresentando-se, assim, cinco, dez, vinte diferentes versões a respeito de como teria sido a sua vida.⁶⁶⁸ Se, no entanto, tal argumento favorece a defesa da escrita de biografias de personagens famosos, por outro é justamente um forte argumento contra a publicação de biografias de personagens anônimos, na medida em que, à diferença daqueles, possivelmente teriam estes de conviver com apenas uma versão de si, por não despertarem, na mesma medida, o interesse de pesquisadores-escritores.

Outro aspecto a ser destacado quando se cogita escrever sobre a vida de um anônimo é qual o impacto da obra no cotidiano desta pessoa, na sua vida de relações. Sendo evidente que os reflexos de uma obra biográfica atingiriam o anônimo de modo mais intenso que uma pessoa pública — seja pelo fato da “versão única” acima referida, seja porque é uma característica das pessoas públicas a curiosidade sobre a sua vida, com o que estas estão mais acostumadas a lidar do que os anônimos —, não se mostraria equitativo, em uma ponderação de valores, sobrepor a liberdade de expressão aos direitos da personalidade da pessoa humana sem o estabelecimento de quaisquer limites.

Assim, acreditamos que a melhor solução seria, neste particular, limitar a biografia sem autorização de anônimos a um critério

temporal⁶⁶⁹, inaplicável para as biografias de pessoas públicas. Nesse sentido, a morte, ao colocar fim à personalidade e afastar o impacto negativo de uma publicação biográfica na vida do sujeito que escolhera viver no anonimato, parece ser um critério eficiente, não nos afigurando adequada a solução encontrada por Canotilho, Machado e Gaio Jr., que sustentam, na esteira de Darby Green, que a exposição ao interesse e ao olhar do público em geral é hoje “um *risco* inerente à vida numa ordem constitucional republicana, estruturada em torno das liberdades comunicativas e de uma esfera de discurso público aberta e pluralista”.⁶⁷⁰

Ainda que não se trate propriamente de biografar anônimos, obras com viés menos subjetivista caracterizaram a chamada época modal descrita por Dosse e referida no capítulo 1. Biografias modais ilustram um contexto histórico, exercem o papel de descrição genérica a partir de trajetórias individuais, por meio de exemplos. Para o autor, na biografia dessa fase:

A biografia só é pertinente a título de ilustração das categorias que determinam seu curso. O contexto prevalece e, dele, o indivíduo é mero reflexo. Assim, em seu *Martin Luther*, Febvre confronta a psicologia de um indivíduo, Lutero, com o universo mental da Alemanha no século 16. É desse choque que nasce a Reforma da Igreja, a dissidência com Roma. A Febvre repugnam as diversas formas de heroização de Lutero. A seu ver, não é o peso do indivíduo que sai valorizado, mas o universo mental, ponto de encontro entre aspirações individuais e coletivas. Essa psicologia retrospectiva ou psicologia histórica tem por vocação, segundo Febvre, resgatar os quadros mentais dos períodos passados, romper com a concepção de uma natureza humana atemporal, imutável, e também com quaisquer formas de anacronismo.⁶⁷¹

Na defesa da biografia de anônimos, argumenta-se, por exemplo, em prol do interesse público e social que pode haver na biografia de um sobrevivente do holocausto, uma prostituta ligada aos serviços de

informação, uma vítima de violência doméstica, um *serial killer*, um dependente químico, uma criança prodígio, o que faria sobrepor-se o critério público, eventualmente, para fins de merecimento de tutela da obra biográfica.⁶⁷²

Discordamos, terminantemente, da conclusão exarada em *Sidis vs. F-R Publishing Corporation*⁶⁷³, na qual o tribunal não reconheceu as alegações de violação aos “direitos de privacidade” (*rights of privacy*) e a “difamação dolosa” (*malicious libel*) do autor no caso da breve biografia e *cartoon* de William James Sidis publicados pela *The New Yorker* em agosto de 1937 e em dezembro do mesmo ano. Sidis foi um garoto prodígio em 1910, época em que seu nome apareceu nos jornais por lecionar, aos 11 anos, para matemáticos ilustres sobre o assunto dos corpos de quatro dimensões. Aos 16 anos o garoto graduou-se pela Universidade de Harvard e, buscando o anonimato, passou a ter uma vida reclusa desde então “as an insignificant clerk”, como dizia a matéria. Apesar de sua clara intenção de fugir da atenção pública, a decisão da Corte foi no sentido de que, em sendo uma figura de interesse público, não se colocariam as violações apontadas. Assim, concluiu-se:

William James Sidis foi, certa vez, uma figura pública. Como uma criança prodígio, ele incitava tanto admiração como curiosidade. Dele se esperavam grandes feitos. Em 1910, ele era uma pessoa por quem o jornal poderia exibir um interesse intelectual legítimo, no mesmo significado de Warren e Brandeis, distinguindo-se de uma curiosidade trivial e indecorosa. Mas os motivos específicos da imprensa nós consideramos como insignificantes. E mesmo se Sidis odiasse a atenção do público na época, nós achamos que estas realizações incomuns e sua personalidade teriam tornado a atenção admissível. Desde então Sidis camuflou-se na obscuridade, mas sua história subsequente, contendo a resposta sobre se ele tinha ou não cumprido sua promessa inicial, ainda era uma questão de interesse público. O artigo na *The New Yorker* esboçou a vida de uma personalidade incomum, e possuía considerável interesse popular (tradução nossa).⁶⁷⁴

No Brasil, o Projeto de Lei 393/2011⁶⁷⁵, ao qual foram apensados os PLs 395/2011 e 1.422/2011, previa esta ampliação para a biografia de pessoas anônimas. O relatório do Deputado Emiliano José, relator do PL, mostra-se interessante ao fazer uma digressão sobre o gênero literário biografia. Ao mencionar o historiador Francisco J. Calazans Falcon, a cientista política Alzira Alves de Abreu, bem como jornalistas e editores, ele ressalta a sua importância para o conhecimento da história e da cultura de uma sociedade, constando da justificativa do PL que,

Nos parâmetros teórico-metodológicos da historiografia contemporânea, hoje não se trata apenas de biografar pessoas ilustres, mas também aquelas que, por sua história de vida, merecem ser contadas, pois sua trajetória é reveladora de aspectos importantes da vida da sociedade em que estão inseridas. Exemplo paradigmático dessa nova forma de escrever biografias históricas se deu com o livro do historiador italiano Carlo Ginzburg — *O queijo e os vermes*. Ao invés de escrever uma grande síntese da história da Inquisição que se abateu em grande parte da Europa durante os séculos 16 e 17, Ginzburg elegeu a vida de um simples moleiro — Domenico Scandella, conhecido como Menocchio — para, através de sua história de vida no interior da Itália, mostrar a perseguição impiedosa sobre aqueles que se aventuraram pensar diferente do pensamento hegemônico difundido pela Igreja Católica. Através da biografia, Ginzburg resgata a figura de um homem que ousa falar, que diz o que pensa mesmo arriscando a própria vida. Mesmo desiludido, após perder a mulher e o filho, sozinho e doente, Menocchio não se cala. E aqui fica a mensagem da obra na voz do personagem histórico: “Dizer o que pensa é tão importante quanto viver!”.

Todavia, conforme já se referiu, pensamos que ainda não se mostra condizente com a realidade constitucional brasileira uma ampliação legal como essa, considerando que tenderia a deixar desprotegida (embora apenas no âmbito legislativo infraconstitucional) a pessoa de “dimensão” pública, não sendo esse o sentido da revisão legal que grande parte da doutrina almeja.⁶⁷⁶

651 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 46.

652 *Ibidem*, loc. cit.

653 *Ibidem*, p. 47. Porquanto não se trate de “mera curiosidade pública”, a nosso sentir, concordamos com o Des. Relator da Ap. Cível nº 201415771, julgada pelo TJSE, ao referir que “a história nos mostra que, ainda que se trate de tema acerca da intimidade do casal [Maria Bonita e Lampião], é importante observar que, fatos dessa natureza, tratando-se de pessoas notórias aguçam a curiosidade e apontam para o interesse público”. A referida apelação reformou sentença na qual se tinha reconhecido o direito da herdeira à indenização por danos morais em razão de matéria jornalística sobre a biografia a ser lançada, *Lampião, o mata sete*, que afirmava a homossexualidade do pai e a traição da mãe. A capa do caderno “Cultura” do referido periódico (jornal) trazia como manchete: “Lampião era gay e Maria Bonita, adúltera”. TJSE, Ap. Cível nº 201415771, Rel. Des. Cezário Siqueira Neto, j. 30/9/2014. Verifica-se, em especial neste caso, que o biografado era conhecido por sua bravura, coragem, virilidade, o que mais fortemente justifica tratar-se, na obra, de tal aspecto da vida privada do personagem.

654 MACHADO, 2002, p. 803-804.

655 Na Suprema Corte americana, precedentes como *Cox Broadcasting Corp vs. Cohn* (1975) e *Florida Star vs. B.J.F.* (1989) reconhecem que a primeira emenda não cede frente a essa especial circunstância. WHITMAN, 2004, p. 1209.

656 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 48.

657 Absolutamente distinto aqui é o caso julgado pelo TJMG em que o Tribunal reduziu de R\$ 100 mil para R\$ 5 mil a indenização a ser paga por um homem à sua ex-namorada pela divulgação a terceiros de imagens de cunho erótico trocadas entre o casal. Ao reduzir o valor, a Corte afirmou que “a vítima dessa divulgação concorreu de forma bem acentuada e preponderante. Ligou sua webcam, direcionou-a para suas partes íntimas. Fez poses. Dialogou com o réu por algum tempo. Tinha consciência do que fazia e do risco que corria”. Ao definir as imagens como sendo de “posições ginecológicas”, ao final concluiu que “quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito diferenciado, liberal — e da moral não cuida”. Proc. nº 2502627-65.2009.8.13.0701, Rel. Des. José Marcos Rodrigues Vieira. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI204054,51045-Nao+cuida+da+moral+mulher+que+posa+para+fotos+intimas+em+webcam>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

658 Pense-se no caso das revistas de fofocas que pagam ou “bancam” a ida de “celebridades” para castelos, festas e resorts em troca de entrevistas, fotos e ensaios marcados por forte conotação privada. Voltaremos a esta questão em breve referência ao *Caso Cicarelli*, na subseção 3.5.1.

659 Às páginas 29-30 de sua biografia atualmente proibida, consta: “Naquela época em Cachoeiro poucas pessoas possuíam automóvel e Renato Spíndola era uma delas. Ele pegou Roberto Carlos nos braços, colocou-o no banco de seu velho Ford e partiu a toda velocidade rumo ao hospital da Santa Casa de Misericórdia de Cachoeiro, o único hospital

daquela região. ‘Foi uma longa viagem. *Traumas*, uma de minhas composições conta bem isso’, diz Roberto Carlos, citando outra canção confessional, lançada por ele em 1971, que em um dos versos fala em ‘delírio da febre que ardia / ao meu pequeno corpo que sofria / sem nada entender...’”. ARAÚJO, 2006, p. 29-30.

660 TJSE. Ap. Cível nº 201425770, Rel. Des. Cezário Siqueira Neto, j. 30/9/2014.

661 NOVELINO, 2009, p. 398, grifo nosso.

662 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 49.

663 *Ibidem*, loc. cit.

664 *Ibidem*, loc. cit.

665 LEWICKI, Bruno, 2003, p. 30-31.

666 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 50-51.

667 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 51.

668 Daí vêm anotações como a feita por Sergio Vilas Boas, em seu *Biografismos*, p. 91: “O Nelson [Rodrigues] de Ruy [Castro] é também um predestinado, apesar de todas as carências e incompreensões. Estava escrito nas estrelas?” (grifo nosso).

669 A importância da perspectiva temporal no caso concreto também é apontada, entre outros, por Ana Paula de Barcellos, ao sustentar que, “com a morte do indivíduo, o nível de proteção a sua intimidade e vida privada será reduzido, abrindo-se naturalmente mais espaço para a pesquisa historiográfica”. BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e pessoas notórias. Liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre direitos fundamentais. Ponderação, caso concreto e acesso à justiça. Tutelas específica e indenizatória (parecer doutrinário, p. 14). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140522-01.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

670 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 54-55. Esfera essa que “não se reduz aos debates em torno do sistema político, alargando-se ainda aos diferentes subsistemas de ação social, pelo que o interesse público relevante pode referir-se às esferas econômica, social, religiosa, cultural, artística, desportiva, etc.” MACHADO, 2002, p. 785.

671 DOSSE, 2009, p. 216-217.

672 CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 56.

673 US Court Decision, 1940. The New York Federal Appeals Court.

674 No original: “William James Sidis was once a public figure. As a child prodigy, he excited both admiration and curiosity. Of him great deeds were expected. In 1910, he was a person about whom the newspaper might display a legitimate intellectual interest, in the sense meant by Warren and Brandeis, as distinguished from a trivial and unseemly curiosity. But the precise motives of the press we regard as unimportant. And even if Sidis has loathed public attention at that time, we think this uncommon achievements and personality would have made the attention permissible. Since then Sidis has cloaked himself in obscurity, but his subsequent history, containing as it did the answer to the question of whether or not he had fulfilled his early promise, was still a matter of public concern. The article in *The New Yorker* sketched the life of an unusual personality, and it

possessed considerable popular news interest.” US Court Decision, 1940. The New York Federal Appeals Court”. Eugênio Facchini Neto, em comentário ao mesmo caso, também aponta que outro argumento utilizado pela Corte foi o de que os danos alegados pelo autor decorriam de uma sua patológica e exacerbada sensibilidade e de uma forma anormal de timidez em relação ao público. Uma pessoa normal, se afirmou, não teria sofrido tais danos (FACCHINI NETO, 1999, p. 192).

675 Pelo PL 393/2011, o art. 20 do Código Civil passaria a vigorar com a seguinte redação: “Art. 20 [...] § 2º A ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade”.

676 Anderson Schreiber critica o PL, dizendo que o acréscimo do § 2º ao art. 20 não resolve o problema. Segundo ele: “Os projetos de lei existentes erram, portanto, o alvo. Nenhum deles evitará que as ações judiciais continuem acontecendo e que o público continue privado de excelentes biografias enquanto decisões liminares estiverem em curso. Melhor seria que o legislador se preocupasse em indicar as circunstâncias relevantes para a ponderação entre a privacidade do biografado e a liberdade de expressão do biógrafo, dando um norte para a atuação dos juízes, do corpo jurídico das editoras e dos advogados que atuam na área” (2011, p. 143). À p. 144 diz ainda: “A lei, a doutrina e a jurisprudência podem e devem estabelecer parâmetros de ponderação, isto é, circunstâncias relevantes que fazem a solução dos casos pender para a prevalência de um direito ou de outro. São circunstâncias relevantes: (i) a repercussão social do fato sobre o biografado; (ii) a atitude mais ou menos reservada do biografado em relação ao fato; (iii) a importância daquele fato para a formação da personalidade do biografado (e, portanto, a necessidade da sua divulgação no âmbito da biografia); (iv) o eventual envolvimento de terceiros e seu grau de identificação no relato; (v) o formato da apresentação do fato, que pode ser mais ou menos sensacionalista; (vi) os riscos para outros direitos do biografado, como o seu direito à honra, que, como já visto, pode ser atingido indevidamente pela divulgação mesmo de fatos verdadeiros; e assim por diante”.

3.1.3 Do protagonista da história ao protagonista do relato: o biógrafo

Diversos são os casos, frequentemente destacados na mídia, de obras biográficas não autorizadas pelos biografados escritas por pessoas que com estes conviveram na intimidade, especialmente em atividades ligadas à vida doméstica. Mordomos, motoristas, copeiras, pessoas contratadas para exercer atividade remunerada no lar de figuras públicas e em situações que geram expectativa de confiança destas trazem para o debate o sujeito protagonista do relato, isto é, aquele que escreve a narrativa de vida do biografado: o biógrafo.

Para exemplificar-se com um caso brasileiro — e com o biografado de maior repercussão na disputa jurídica dos últimos anos entre biógrafos/editoras e biografados no Brasil, o cantor e compositor Roberto Carlos —, a biografia *O rei e eu*, de Roberto Carlos, foi escrita por seu ex-mordomo Nichollas Mariano. Registrado José Mariano da Silva Filho, o ex-mordomo trabalhou com o cantor por 11 anos, e ambos teriam se desentendido após o primeiro casamento de Roberto Carlos. A obra, publicada em 1979, teve sua distribuição proibida pela justiça de São Paulo (26^a Vara Cível e 9^a Vara Criminal) e do Rio de Janeiro (4^a Vara Cível), em processos que correram sob segredo de justiça.⁶⁷⁷

Passadas décadas desde a disputa judicial que opôs o então editor e *ghost writer* Roberto Pinheiro Goldkorn (Ediplan Editora), o ex-mordomo (e ex-amigo de Roberto Carlos, o seu então biógrafo Nichollas Mariano), que, segundo relatos, era semianalfabeto, e o cantor⁶⁷⁸, a questão que se coloca resume-se à seguinte pergunta: é possível comparar, para fins de merecimento de tutela, uma biografia escrita por um jornalista, historiador, escritor, enfim, por

profissional de uma das áreas nas quais a biografia pode ser definida enquanto gênero narrativo, àquela escrita por alguém que compartilhou da vida do biografado? Existe algum critério que possa ser legitimamente apontado para fins de merecimento de tutela da obra?

Ao julgar a (des)necessidade de diploma de jornalista para exercer a profissão, no Recurso Extraordinário nº 511.961-SP⁶⁷⁹, o Pleno do STF considerou que as qualificações profissionais somente podem ser exigidas pela lei em casos especiais, naquelas profissões que, por sua natureza, podem trazer perigo de dano, como a medicina e a engenharia. Eventuais riscos ou danos causados pelo profissional do jornalismo não seriam inerentes à atividade, razão por que não seriam evitáveis pela exigência de um diploma de graduação na área. E, ainda, constou da decisão que a exigência de diploma para a prática do jornalismo, que em sua essência é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação, constituiria uma restrição expressamente proibida pelo art. 220, § 1º, da CF/88. “Portanto, em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional.”⁶⁸⁰

Se assim é, será que se pode limitar a liberdade de expressão, *in casu*, afastando da licitude a publicação de biografias como a escrita pelo ex-mordomo de Roberto Carlos? A resposta merece ser analisada, ao que nos parece, sob outro viés.

Se por um lado é possível afirmar, sob pena de violação à garantia constitucional da liberdade de expressão em sentido amplo, que a produção biográfica não se encontra proibida a nenhum cidadão, por

outro tem-se que a expectativa de resguardo da privacidade dos potenciais biografados em determinadas situações não pode ser desprezada. Ao contratar-se alguém para as tarefas domésticas, situação que envolve o desfrute da vida privada e da intimidade da pessoa, é da própria natureza dessa relação a confiança, gerando uma legítima expectativa de que a vida familiar do sujeito contratante, seus segredos e seus conflitos, não serão objeto de revelações futuras, mormente por meio de uma publicação de fôlego como são, também em essência, as biografias.

Parece poder amparar argumentos como esse, no direito alienígena, o art. 7.4 da Lei espanhola, ao dispor que “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: [...] Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”. Já no sentido de excepcionar as limitações do art. 7 da Lei, o art. 8.1 assim prevê: “Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.⁶⁸¹

Podemos tomar por parâmetro a mais liberal das democracias ocidentais, os Estados Unidos. Conforme destaca Whitman, a partir da Quarta Emenda à Constituição americana⁶⁸², o “primeiro *locus* de ‘razoável expectativa de privacidade’ de uma pessoa é, por certo, seu lar”.⁶⁸³ Dentro de sua casa as pessoas têm mais expectativa de privacidade do que fora, onde têm menos proteção de sua privacidade.

Além disso, podemos apontar como obstáculo, igualmente, a essas publicações o fato de que a obtenção das informações não se

assemelha à pesquisa (documental e oral) que embasa o gênero biográfico, beirando a ilicitude a forma como muitas vezes tais informações são colhidas e publicadas. Veja-se o *Caso Cicarelli*, que, embora não se trate de obra biográfica, traz parâmetros para a aqui abordada expectativa de privacidade.

Concordamos com Bruno Lewicki quando aponta a insuficiência do binômio pessoa notória — local público para fins de afastamento da proteção constitucional da privacidade e da imagem em tais casos. Como bem afirma, mesmo estando em local público, a cena captada e divulgada amplamente na mídia, envolvendo a apresentadora e seu então namorado, apenas pode ser percebida pelo uso de tecnologia que possibilitou, por amplificação de lente profissional, a visualização do casal de forma nítida. Assim, parece plenamente possível sustentar que havia, a despeito do local público, uma legítima expectativa de privacidade. Mormente, registre-se, pelo fato de que nada faziam que fosse de “interesse público”.⁶⁸⁴

A título de exemplo, cabe destacar, da decisão proferida em ação ajuizada pelo músico João Gilberto para que a biografia *João Gilberto* não fosse publicada⁶⁸⁵, o fato de o relator ter apontado em seu voto a formação acadêmica do biógrafo. Isso indica que, se por um lado o biografado, por ser “pessoa de notoriedade [...] não pode opor-se à difusão da própria imagem (e) igualmente não pode opor-se à divulgação dos acontecimentos de sua vida”, por outro, deve também o biógrafo, para que seu trabalho seja merecedor de tutela, demonstrar a sua importância (enquanto biógrafo) para que seus escritos mereçam o espaço público. No voto, que transcreveu a decisão proferida em sede de Reclamação ao STF⁶⁸⁶, constou:

O autor pretende impedir a circulação do livro organizado por Walter Garcia, professor do Instituto de Estudos Brasileiros da USP, sob coordenação dos editores

Milton Ohata e Augusto Massi, criado no intuito de unificar de tudo o que publicamente já se escreveu de importante sobre o artista e que estava fora de circulação, além de apresentar uma seleção de entrevistas concedidas pelo cantor e reunir depoimentos de pessoas, músicos, parceiros, jornalistas e outros.

Sem sombra de dúvidas, a menção ao cargo de professor da USP do biógrafo, bem como dos nomes dos editores, igualmente conhecidos no meio acadêmico, é um indicativo da importância do protagonista do relato para fins de análise da legitimidade da obra biográfica.

O problema, no entanto, não se resolve em relação às autobiografias.⁶⁸⁷ Nessas, o biógrafo irá expor certos aspectos da vida daqueles que com ele conviveram, mas sem as limitações do biógrafo-pesquisador. Nelas, a questão da confiança, que funcionaria como obstáculo a uma publicação no caso das biografias, não sustentaria uma proibição. Isso porque o foco da narrativa é o próprio narrador, o que atinge em menor escala, ao menos em tese, os demais envolvidos no relato, chamando à aplicação o postulado da proporcionalidade para fins de merecimento de tutela da obra. No caso concreto do livro de Arnaldo Bloch, *Os irmãos Karamabloch: ascensão e queda de um império familiar*, o resultado foi outro, mas com o qual concordamos em razão da solução apontada pelo Poder Judiciário. Na linha do direito à intimidade familiar, como defende a doutrina aqui e alhures — de que é exemplo Verda Y Beamonte quando afirma que “el derecho a la intimidad, en la acepción que estamos considerando, no sólo ha de ser respetado por terceros ajenos a la familia, sino también por los miembros de la misma”⁶⁸⁸ —, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu:

Apelação cível. Direito à honra e à imagem. Publicação de livro de autoria do apelante, onde o mesmo conta sua história, de sua família. Citação do nome da autora e divulgação de fatos próprios da sua intimidade. Uso não autorizado pela apelada. Menção de relacionamento da autora com homem casado, e de disputa com

outra, na trilha do concubinato. *Agravo retido não provido*. Alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova testemunhal requerida, ao fundamento de que se destinava a esclarecer fatos controvertidos. Desnecessidade, por serem, incontroversos os fatos descritos na inicial. Ponderação dos direitos constitucionais de liberdade de informação e de privacidade. Sentença de procedência parcial, determinando a supressão ou substituição do nome da autora por pseudônimo em futuras edições, bem como reparação pelo dano moral decorrente, *in re ipsa*, da exposição pública, sem autorização. Fato narrado que, embora em livro que fala de pessoa pública, causa constrangimento à autora. [...] Dano moral reconhecido. Valor da indenização arbitrado em R\$ 15.000,00, que atende aos princípios norteadores e se insere nos parâmetros adotados pelo Tribunal. Percentual de honorários de advogado que deve incidir sobre o valor da condenação. Sentença que deve ser mantida. *Recurso não provido* (grifos do autor).⁶⁸⁹

Nesse caso, o fato imputado (traição/concubinato), com a indicação precisa do nome da autora, não parece mostrar relevância em comparação ao dano causado à sua vida de relações. Por outro lado, andou mal o Tribunal de Justiça ao manter a indenização em apenas R\$ 15.000,00, o que não condiz com a gravidade do fato, a partir do momento em que se entende que o direito do biógrafo extrapolou os limites da sua liberdade de expressão, discussão que mereceria também um exame aprofundado, mas que, por uma questão de recorte metodológico, não se encontra nos limites desta pesquisa.

Destaca-se do acórdão que essa importante menção ao nome de coadjuvantes da história seria dispensável para se preservar tanto a liberdade do biógrafo (que pode ser o próprio protagonista da história) como o direito à privacidade dos terceiros. Assim, a alteração do nome, mantendo-se a história, em muitos casos, mostra-se medida adequada e proporcional, como aliás é o procedimento adotado em processos envolvendo menores de idade,

nos quais a manutenção do sigilo de sua identidade é a forma de melhor proteger os seus legítimos interesses, sem colocar em risco outros interesses legítimos.⁶⁹⁰

Na jurisprudência francesa, aponta Verda y Beamonte, célebres decisões judiciais já foram prolatadas partindo da mesma premissa. Assim, em julgado da Corte de Apelação de Paris de 1990, considerou-se que, apesar do uso de nome fictício de terceiro por parte do autor (o que, em tese, seria uma alternativa legítima), já que o retratado permanecia facilmente identificável, pois sua descrição era bastante precisa, a publicação violava os direitos de personalidade deste. Em outro caso, protagonizado pela atriz Brigitte Bardot, o Tribunal de Grande Instância de Paris, em decisão do ano de 1997, entendeu que as memórias publicadas pela atriz eram ofensivas a um de seus ex-maridos e a seu filho, pois carregadas de desprezo e ódio por ambos. Assim, embora, em tese, o próprio gênero acabasse por limitar o direito de terceiros que muito proximamente conviveram com o autor dos escritos, no caso concreto a atriz havia ultrapassado os limites do gênero literário, afrontando diretamente o direito fundamental destes à proteção de sua personalidade.⁶⁹¹

Na jurisprudência inglesa, por seu turno, relativamente às “confidências matrimoniais” (*marital confidences*), Verda y Beamonte aduz a existência de três requisitos adotados para que estas sejam consideradas ilegais. Seriam eles: em primeiro lugar, que as informações fossem privadas, isto é, não fossem do conhecimento de outras pessoas; que tivessem sido dadas em razão da confiança; e, em terceiro lugar, que a divulgação não tivesse sido autorizada.⁶⁹²

Entendemos que as experiências francesa e inglesa podem fornecer bons filtros, partindo da proteção da confiança estabelecida entre

biografado e biógrafo no ambiente doméstico, mormente se companheiros de convivência íntima, o que retiraria a legitimidade para que se biografasse o outro parceiro e também para a possibilidade de se abrirem amplamente aspectos da vida privada deste em uma autobiografia.⁶⁹³ Além disso, a vedação do uso do gênero como forma de legitimar ofensas e ataques a ex-companheiros ou familiares também deve ser considerada.

Exemplo disso, também na França, é o *best-seller* *Merci pour ce moment* (“Obrigada por este momento”). Nele, a ex-primeira-dama Valérie Trierweiler “lava a roupa suja da relação”⁶⁹⁴ com François Hollande em um livro que teve os direitos vendidos para o cinema.⁶⁹⁵ No Brasil, pode ser encontrado na autobiografia da ex-primeira-dama Rosane Malta (ex-Rosane Collor). Segundo matéria da revista *Veja*, no livro *Tudo que vi e vivi*, Rosane relata desde as brigas do casal até as contas não declaradas que Collor teria na Suíça e também com PC Farias, mas não faz prova de tais alegações nem apresenta contornos mais concretos sobre os fatos, o que parece evidenciar um claro intuito difamatório (*animus difamandi*) e não uma legítima intenção de narrar uma história (*animus narrandi*). Além disso, a ex-mulher de Collor também conta os rituais de magia negra que seriam realizados pelo ex-marido, bem como de um caso extraconjugal de Collor com a então mulher de seu irmão, Thereza Collor, em um relato que, segundo o jornalista Thiago Prado, é permeado pelo ressentimento, após uma separação bastante litigiosa do ex-casal.⁶⁹⁶

Portanto, uma biografia que tenha o intuito exclusivo ou primordial de vingança⁶⁹⁷ ou que denote mero despeito, como parece ser o da ex-primeira-dama brasileira, não obedece aos fins sociais do art. 187 do CCB nem à função biográfica aludida na subseção 1.5.2.

Diferente seria, por hipótese, se Rosane Malta fosse ouvida durante a produção de uma obra biográfica e, ao relatar seu período de convivência com o ex-presidente, mencionasse fatos desabonadores. Seu relato, nesse caso, faria parte de um conjunto maior de eventos em torno da figura de Fernando Collor, explanados também a partir do estudo de outras fontes e ausente uma finalidade revanchista, finalidade essa que tem sido usada muitas vezes por homens e mulheres para desqualificar antigos parceiros e que não podem encontrar amparo em um sistema que tenha por valor primeiro a promoção da dignidade da pessoa humana.⁶⁹⁸

⁶⁷⁷ MEDEIROS, Jotabê. *O culpado é o mordomo*. Jornal *O Estado de S. Paulo* (2/11/2013). Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,o-culpado-e-o-mordomo,1092522>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

⁶⁷⁸ Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,o-culpado-e-o-mordomo,1092522>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

⁶⁷⁹ Julgamento pelo Pleno em 17/6/2009, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁶⁸⁰ E assim o STF, no suprarreferido RE nº 511.961/SP, concluiu pela não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969, pela CF/88.

⁶⁸¹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>>. Acesso em: 14 nov. 2014. Conforme aponta Azpitarte, “En todo caso, el TC sí ha sido rotundo al marcar una barrera a la intimidad. Incluso si una noticia versa sobre un personaje público, la información no puede dar cuenta de datos propios de su intimidad (Por ejemplo, datos relativos a la filiación SSTC 197/91/4 y 134/99/5, o datos relativos al padecimiento del SIDA, STC 20/92)”. AZPITARTE, 2007, p. 257-258.

⁶⁸² A Quarta Emenda dispõe: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”. Disponível em: <<http://billofrightsinstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/>>. Acesso em: 26 out. 2014. (“O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e efeitos, contra buscas e apreensões arbitrárias, não será violado, e nenhum mandado será emitido, a não ser com uma causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser pesquisado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas” — tradução nossa.)

- 683 WHITMAN, 2004, p. 1194. Gustavo Tepedino, em parecer juntado na ADI 4.815, aponta episódio julgado em 2012 pela Suprema Corte norte-americana em que esta declarou inconstitucional, por violação à Quarta Emenda, a instalação de GPS no carro de réu de ação criminal que investigava o tráfico de drogas, porquanto dita instalação ocorreu quando seu carro estava estacionado em frente à sua casa. O voto majoritário fundamentou a invalidação no precedente do *trespass* para a proteção da *privacy* (*common law trespass test*, o qual protege a inviolabilidade da propriedade alheia), ao passo que o voto dissonante afirmou que questões como essa deveriam ser submetidas, primordialmente, ao critério da *reasonable expectation of privacy* da Quarta Emenda. (*Caso United States vs. Jones*, nº 10-1259, District of Columbia Circuit, January 23, 2012). TEPEDINO, Gustavo. *Parecer na ADI 4.815*, p. 12.
- 684 LEWICKI, 2006, p. 211-219, esp. p. 212-214.
- 685 TJSP. Apelação Cível nº 0181186-30.2012.8.26.0100. Rel. Des. Moreira Viegas, j. 27/8/2014.
- 686 STF. Reclamação nº 14.448, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3/6/2013, publicado em DJe-148 de 31/7/2013. TJSP. Ap. Cível nº 0181186-30.2012.8.26.0100, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 27/8/2014. Alegou-se, na referida Reclamação, que a justiça de São Paulo teria usurpado a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a matéria veiculada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815.
- 687 É de registrar-se, ainda, “uma insólita categoria de obras biográficas: ‘a autobiografia não autorizada’”. Conforme relata David Leigh *apud* Rebeca Garcia, trata-se da obra *Julian Assange: the unauthorized autobiography*, escrita com a colaboração do biografado, que inclusive recebera adiantamento da editora em razão do projeto, mas que depois desistira da publicação. A editora, no entanto, publicou mesmo assim o livro, com a inclusão da expressão “não autorizada”. GARCIA, Rebeca, 2012, p. 40.
- 688 VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 21.
- 689 TJRJ. Ap. Cível nº 0043286-11.2009.8.19.0001, Apelante: Arnaldo Bloch, Rel. Des. Nanci Mahfuz, j. 19/10/2010.
- 690 Assim também GARCIA, 2012, p. 61.
- 691 VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 51.
- 692 LOWE; DOUGLAS *apud* VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 23.
- 693 Na década de 1960, a Corte de Apelação de Paris julgou a legitimidade das memórias publicadas pela amante de Picasso e modelo, François Guilot (*Viver com Picasso*). Segundo Verda y Beamonte, havia um evidente interesse cultural na sua publicação, no sentido do conhecimento da personalidade artística de Pablo Picasso, entendendo a Corte que não havia uma intolerável intromissão na intimidade do pintor, que não havia o caráter escandaloso ou vingativo da obra, e que o próprio artista também demonstrara sempre um comportamento de exposição ao público. VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, p. 49-53.
- 694 EICHENBERG, Fernando. Fogo amigo contra Hollande nas livrarias. *Jornal O Globo*, edição de 4/1/2015, (Mundo) p. 37.

- 695 Conforme relata o jornal britânico *The Independent*. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/people/francois-hollande-and-valerie-trierweiler-the-movie-filmmaker-buys-rights-to-sordid-story-of-french-presidents-affair-9958829.html>>. Acesso em: 9 jan. 2014. Pelo que se sabe, até o momento nenhuma ação judicial foi intentada contra a obra pelo atual presidente François Hollande.
- 696 PRADO, Thiago. Viveu, viu e ouviu: ex-mulher de Fernando Collor, Rosane Malta lança biografia com revelações sobre PC Farias e rituais de magia negra na Casa da Dinda. Revista *Veja*, edição de 12 de nov. 2014, p. 113.
- 697 A propósito, sobre vingança e liberdade de expressão manifestou-se o STJ no REsp nº 296.391/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/2/2009, no pedido reconvenicional de político que, após ser acusado de ligação com o tráfico de drogas no Rio de Janeiro em campanha eleitoral, chamou seu ofensor de “pessoa sem caráter, que foi puxada pelos fundilhos das calças, um ‘desequilibrado’, ‘traidor’ e ‘fascista’”. Assentou o relator que “não há confundir direito de resposta com direito de vingança, porquanto aquele não constitui crédito ao ofendido para que possa injuriar ou difamar o seu ofensor”.
- 698 O maior exemplo contemporâneo deste tipo de comportamento é representado pela chamada pornografia de revanche (*revenge porn*) a que mulheres têm sido submetidas no Brasil e em outras partes do mundo. Trata-se de uma forma de vingança extremamente lesiva e que usa de forma desabonadora e abusiva a imagem da mulher (embora, em tese, não haja esta limitação de gênero), ofendendo sua “privacidade sexual” por meio da divulgação não autorizada de vídeos e fotos íntimas via internet (assim no PL 6.630/13, de autoria do então deputado federal Romário). FRAGA, Vitor. Intimidade que fere: projeto de lei criminaliza divulgação de vídeos e fotos íntimas na internet sem autorização. *Tribuna do Advogado*, mar. 2014, p. 30-32.

3.2 Critério objetivo

O ponto de vista é que cria o objeto.

Ferdinand de Saussure

Por critério objetivo tomam-se, de maneira ampla, todos aqueles que nada têm a ver com o biografado ou com as pessoas que serão referenciadas na obra. Na dupla de critérios reunidos sob este adjetivo, de forma mais estrita, estão aqueles que podem auxiliar o julgador, em maior ou menor medida, a definir limites para a produção do material biográfico: as questões da fonte e do dever de informar.⁶⁹⁹

⁶⁹⁹ CANOTILHO; MACHADO; GAIO JR., 2014, p. 55-56.

3.2.1 O desvelo das fontes: a biografia como pesquisa e o pressuposto do sigilo das fontes

Diferença fundamental entre a pesquisa jornalística e a pesquisa acadêmica/científica reside no chamado sigilo das fontes. Ao contrário do que ocorre na investigação jornalística, o sigilo da fonte não pode ser invocado em uma biografia, a não ser em casos excepcionais. E não apenas devem ser reveladas, como igualmente importante mostram-se as informações a respeito da sua *natureza*. Quem/qual é a fonte (estáticas, como documentos, vídeos ou fotos; dinâmicas, como testemunhas); qual seu interesse no conjunto da pesquisa (aqui, especificamente, referindo-se à fonte dinâmica); quais suas relações com o biografado, o biógrafo e os demais personagens da obra. Enfim, todo o contexto da fonte, que acaba por concretizar um *dever geral de cuidado* — o qual, no entanto, não seria para nós, em si, um critério, mas decorrência do princípio constitucional da solidariedade social — já apontado pela jurisprudência como importante na investigação jornalística na medida em que se deveria projetar, ao publicar uma reportagem, as possíveis consequências identificáveis dessa divulgação.⁷⁰⁰

Na historiografia, campo do qual faz parte a biografia, a liberdade é requisito indispensável para o trabalho do historiador e pode ser assim seccionada: liberdade de acesso às fontes, liberdade de interpretação e liberdade de escrita.

Essa liberdade, que inclui toda tarefa de edição dos fatos, de seleção dos detalhes que serão apresentados e daqueles que não ganharão as páginas do livro nem mesmo em nota de pé de página, divide espaço com a “Regra da Transparência”. Essa regra é

o mais importante elemento na criação de uma melhor disciplina de verificação... A mentira, ou o erro, está em pretender ser onisciente ou alardear mais conhecimento do que realmente temos... Trata-se do mesmo princípio que orienta o método científico: explicar como aprendemos uma coisa e por que nela acreditamos — de forma que o público possa fazer a mesma coisa.⁷⁰¹

No caso da biografia de políticos, frequentemente um caráter mais científico cede lugar a disputas ideológicas e mesmo partidárias. Disputas políticas transpostas para narrativas de vidas, com alguma frequência, desvirtuam a importante proteção conferida a relatos dessa natureza.

No entanto, entendemos que, na biografia de políticos, verifica-se algo um pouco distinto das demais e que deve ser levado em consideração, como no exemplo do presidente francês François Hollande. Segundo tem sido noticiado, o presidente da França tem sido “alvo constante nas estantes das livrarias do país”, em escritos que têm como autores desde sua ex-companheira até ex-assessores.⁷⁰²

Em algumas dessas biografias, por fazer parte da esfera política, de certa forma, exageros e posicionamentos mais acalorados na defesa de pessoas, ideias e projetos (de governo e de Estado), entendemos que o caráter científico das publicações acaba diminuído, sem com isso deslegitimar grande parte dos relatos. Constata-se que, em inúmeras vezes, o que se verifica é apenas uma biografia parcial, isto é, que aborda determinando aspecto ou momento da vida do político, mais voltado a seu agir público, o que é de grande relevância para o debate de temas de interesse da coletividade. Além disso, acreditamos que é da própria democracia aceitar, especialmente em relação a políticos (mais do que em relação a qualquer outra figura pública), a multiplicidade de versões sobre sua trajetória de vida. Na política, mais do que nas artes ou no esporte, a vida privada da

pessoa se relaciona com sua vida pública, na medida em que a cada eleição o leitor-eleitor deve fazer uma escolha dentre um número determinado de pessoas para representá-lo na tomada de decisão sobre os temas públicos mais importantes.

Relativamente a biografias de pessoas públicas em geral, publicações como a enciclopédia eletrônica *Wikipedia* passam a ser mais problemáticas, já que possuem como principal característica a democratização no processo de elaboração dos verbetes. Assim, verbetes biográficos são escritos por todos e, portanto, por qualquer um, conforme destacado por Ronaldo Lemos na audiência pública realizada no STF.⁷⁰³ De toda forma, para os fins deste estudo, a *Wikipedia* não se inclui no conceito de biografia formulado no capítulo introdutório.

⁷⁰⁰ Veja-se no REsp nº 1.382.680/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5/11/2013.

⁷⁰¹ KOVACH; ROSENTIEL *apud* VILAS BOAS, 2008, p. 179.

⁷⁰² EICHENBERG, Fernando. Fogo amigo contra Hollande nas livrarias. *Jornal O Globo*, edição de 4/1/2015, (Mundo) p. 37.

⁷⁰³ Audiência pública realizada no auditório do STF em 21 de novembro de 2013 com o objetivo de ouvir a sociedade sobre a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias no país, tema que foi abordado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, ajuizada em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), questionando o alcance da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro. Vide nota 252 do capítulo 2.

3.2.2 O dever de informar do biógrafo como direito do biografado e das pessoas retratadas na obra

É dever do biógrafo, ao trazer a público o resultado de suas pesquisas em torno da vida de sua personagem, apresentar a informação não apenas sobre suas fontes, mas sobre o processo de criação da obra, no qual se incluem desde as premissas da pesquisa até as compreensões do biógrafo que dão suporte à abordagem psicológica⁷⁹⁴ do objeto da biografia. E isso não apenas por um dever que tem em face do direito de biografado e retratados, mas também em relação aos leitores da obra histórico-literária, os consumidores.

Na análise de Alberto Dines,

Deve haver algo de freudiano nessa preocupação dos biógrafos com os pais. Talvez porque Freud ainda tenha muita importância em biografia. Freud esculhambou a arqueologia biográfica porque acreditava que a biografia podia competir com a Psicanálise. Acho a Psicanálise uma ferramenta importante. Não que o biógrafo deva ser um analisando ou um psicanalista. Mas precisa, por exemplo, conhecer os mecanismos do inconsciente para entender o biografado e a si próprio, pois é inevitável você sobrepor a sua autobiografia à biografia do outro. No meu caso, pelo menos, foi assim.⁷⁹⁵

De forma especial, o biógrafo deve transparecer sua *relação* com o biografado, com os entrevistados, com o contexto que cerca seu objeto de estudo. Também o biógrafo deve se expor para que seja merecedora de tutela a exposição que faz do outro. Não como forma de compensação, mas para que seja possível aos leitores uma captação da realidade o mais verdadeira possível. Deve o biógrafo, ainda, ser capaz de juntar os elementos estruturais da vida do biografado, de modo a montar o personagem sem a superficialidade

de julgamentos causais que diriam “o biografado é assim porque seus pais faziam/eram assim”. A densidade psicológica do ser humanizado não pode nunca ser desprezada por este “profissional da interpretação”.⁷⁰⁶

Exemplificando-se esse dever de informar e que em si já traz o sentido de precariedade de toda pesquisa dada a necessidade de seu “recorte” pelo pesquisador, em pelo menos duas passagens de *Roberto Carlos em detalhes*, o biógrafo, ao falar da obra de seu biografado refere a expressões como “período limite deste trabalho de pesquisa”⁷⁰⁷ e “data limite desta pesquisa”,⁷⁰⁸ Assim, o leitor pode situar as informações temporalmente, inclusive sob o aspecto das análises feitas pelo biógrafo a partir das referências coletadas.

Para que esse dever de informar seja mais bem desempenhado, as imagens ajudam muito. “Comprovar” o que se afirma por meio de fotos, gravuras, enfim, de imagens é um modo de abrir as fontes — e não, como muitos entendem, mais uma forma de violação ocasionada a direitos da personalidade do biografado. Ainda que fosse de conhecimento público o alcoolismo de Garrincha, por exemplo, retratado na biografia de Ruy Castro *Estrela solitária: um brasileiro chamado Garrincha*, criticado e judicialmente condenado pelo Poder Judiciário⁷⁰⁹, as fotos, inclusive e especialmente a da capa do livro, demonstram a veracidade das alusões do biógrafo.

Alberto Dines, quanto a esse critério, pondera com precisão:

Em contrapartida, os biógrafos se recusam a se colocar na história. Seria uma atitude honesta, mas se não formos assertivos, o leitor não compra. O leitor não quer coisas dúbias, ponderáveis. Não deixa de ser um desafio interessante contextualizar o biografar, mas duvido que você conquiste a confiança dos leitores só com dúvidas. Os leitores não podem duvidar da sua competência...⁷¹⁰

Na sequência, conclui Vilas Boas:

RECAPITULANDO: O BIÓGRAFO pode, se quiser, dar transparência à narrativa: posicionando-se comedidamente em primeira pessoa, sem emitir julgamentos morais, mas firmando um “eu-convvincente”; oferecendo pitadas de *making of* para compartilhar processos intelectuais e intuitivos seus e dos outros; minimizando seu afã cartesiano; e tornando-se mais consciente sobre o seu relacionamento com o biografado — e, conforme o caso, expressando esse relacionamento *na (ao longo da)* narrativa. Por que não?⁷⁰⁴

Na experiência britânica, no *Caso Reynolds vs. Times Newspapers Limited and Others*, de 1999⁷¹², em que se abordou a liberdade de expressão e de imprensa, um dos dez critérios apontados para a legitimação de relatos amparados por essas liberdades foi “(4.) The steps taken to verify the information” (“4. Os passos que foram seguidos em sua verificação”).⁷⁴³ É isso que aqui se defende, de modo a impor ao biógrafo um ônus que ele é capaz de cumprir em uma pesquisa séria.

⁷⁰⁴ Esta abordagem psicológica, a respeito da qual apenas tangencialmente viemos trabalhando ao longo do livro, não pode ser ignorada. “A psicologia diz-nos que o processo biográfico é uma questão de transferência e contratransferência”, afirma Vilas Boas. E segue: “Tenha o nome que tiver, a empatia está por trás de todas as ações e reflexões. Em psicologia, o terapeuta vivencia uma compreensão empática da conscientização de seu paciente com base em sua própria experiência. Sente ‘o mundo privado’ do cliente como se fosse o seu. Sente a raiva do cliente, seu medo ou confusão, como se fossem seus [...]. Esse estado de consciência ativa é processual. Existe um fluxo, como o próprio relacionamento; torna-se uma habilidade ou aptidão quando uma pessoa aprende a sentir o significado pessoal profundo de outra pessoa e a comunicar isso a ele/ela; é uma fonte de conhecimento no sentido de que esse estado de consciência ‘fora do comum’ permite intuitivamente ‘conhecer o que alguém não conhece’; e traz à tona *insights* e descobertas inesperadas”. VILAS BOAS, 2008, p. 30-31.

⁷⁰⁵ O jornalista é autor da biografia de Stefan Zweig (*Morte no paraíso: a tragédia de Stefan Zweig*). A passagem aqui transcrita é trecho de correspondência trocada com Sergio Vilas Boas, extraída de: VILAS BOAS, 2008, p. 58-59.

⁷⁰⁶ BOURDIEU, 2006, p. 185.

⁷⁰⁷ ARAÚJO, 2006, p. 388.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 450.

⁷⁰⁹ Constou do voto do relator, Min. Cesar Asfor Rocha, no REsp nº 521.697/RJ, trechos do

voto do relator do Agravo Regimental, Des. Sérgio Cavalieri Filho, neste sentido: “Não se limitou o autor a relatar o futebol do Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão Manoel dos Santos e apequenando a sua imagem. *Se um quadro vale por mil palavras, como diz o ditado chinês, a capa do livro em exame é um longo discurso contra a imagem do Garrincha. Em lugar do atleta chutando a bola em gol ou dando os seus dribles que levavam as galeras ao delírio, mostra um homem deprimido e desolado, quase a figura de um farrapo humano.* Pior que tudo, a imagem da capa é retratada em páginas de dolorosa impiedade, que aos poucos vai despidendo o mito, transformando-o em profissional derrotado, pai irresponsável, marido infiel e ébrio inveterado. Ao final do livro, Garrincha não passa de um grande logro, autêntico exemplo de fracasso humano” (grifo nosso).

⁷¹⁰ VILAS BOAS, 2008, p. 209.

⁷¹¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁷¹² Disponível em:
<<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/reyo1.htm>>.
Acesso em: 20 dez. 2014.

⁷¹³ Também lembrados por LEWICKI, 2006, p. 216 e CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito preferencial prima facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 62. Chequer destaca a importância de se tomar por verdadeira não a informação “objetivamente verdadeira”, mas sim aquela que resulta de um processo diligente por parte do responsável pela sua obtenção e divulgação. Este autor retoma uma análise mais detalhada do caso nas páginas 175-188.

3.3 Critério temporal

Quem pode me dizer quem sou eu?

William Shakespeare

No critério temporal, voltamos a algumas abordagens realizadas no capítulo 2, relativamente aos temas do direito ao esquecimento e do direito à privacidade. Se por um lado é verdade que o direito ao esquecimento se encontra inserido na disciplina da proteção à privacidade, cujas ferramentas protetivas são o controle espacial, o controle contextual e o controle temporal⁷¹⁴, por outro é de se excetuar, no âmbito do gênero biográfico, o referido *controle temporal* em prol de *critérios temporais* conjugados a outros critérios. Isso porque a ausência de contemporaneidade dos fatos narrados é condição do próprio ato biográfico, sendo até mesmo, para alguns doutrinadores, critério de legitimidade da obra biográfica como se examinará na subseção a seguir.

⁷¹⁴ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *civilistica.com*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

3.3.1 Pessoas falecidas e pessoas vivas: o fim da personalidade é critério legitimador para a publicação de biografias?

Na doutrina civilista, alguns posicionamentos se destacam por defender o fim da vida (e, portanto, da personalidade) como critério legitimador da publicação de biografias. Para Maria Celina Bodin de Moraes, como já se referiu logo na introdução, “a morte parece ser um termo muito claro”, considerando o interesse social relevante e o perigo de publicações de meras fofocas.⁷¹⁵

Em sua tese de doutoramento que resultou na obra *Biografismo: reflexões sobre as escritas da vida*, o jornalista Sergio Vilas Boas sustenta que a biografia de pessoas vivas possui pelo menos duas vantagens em relação à de pessoas já falecidas, a saber: 1. torna mais fácil evitar o risco de pôr a obra acima da vida; e 2. diminui o risco de ver-se o biografado como um sujeito predestinado.⁷¹⁶ Já Marcelo de Araújo aponta exemplos de diversos países que reconhecem a importância da publicação de biografias para a constituição de uma memória nacional, mas destaca que uma condição para a publicação das referidas obras em todos os projetos editoriais citados por ele é que o biografado já estivesse morto. E critica a exigência de autorização de familiares ou herdeiros para a publicação de projetos de tamanha magnitude, pois os tornaria inviáveis.⁷¹⁷

De modo menos restritivo, entendemos que o fim da vida não deva funcionar, a princípio, como critério limitador, a não ser na hipótese de biografia de pessoas anônimas. De toda forma, sem sombra de dúvidas, o transcurso do tempo deve funcionar como parâmetro para a análise do julgador, tendo em vista que ele influencia na maior ou menor afronta aos interesses da personalidade de alguma maneira.

Por vezes (e muito excepcionalmente) no sentido de tutelar um “direito ao esquecimento”, por outras no sentido de tutelar o interesse da crítica histórica, que faz desaparecer, progressivamente, o direito a invocar o “respeito à vida privada”, como já se apontou.

Para o biógrafo Ruy Castro, embora não seja isto que qualifique uma biografia, mostra-se importante para o gênero que o biografado esteja morto há, pelo menos, uns dez anos. Antes da morte, a história da pessoa retratada ainda não terminou. E, se a morte for recente, há uma tendência humana de tratar as pessoas recém-falecidas com uma certa sacralidade. Ruy Castro exemplifica com o livro *Tim Maia*, escrito por Nelson Mota. O livro não é uma biografia e sim as memórias de Nelson Mota sobre o músico Tim Maia, diz ele, o que afasta o texto escrito da definição de biografia e no qual se percebe, assim como no filme produzido a partir do mesmo livro, um pouco dessa sacralização do artista.⁷¹⁸

Embora tais críticas sejam relevantes para o amadurecimento do fazer biográfico e, por consequência, para sua melhor compreensão e aceitação social, entendemos que o fato de se tratar de uma versão sobre a vida do biografado, como viemos insistentemente referindo, permite estas interpretações e análises mais sacralizadas ou menos sacralizadas sem descaracterizar o gênero. Quer dizer, se é possível que o passar do tempo transforme a percepção sobre o personagem, mais razão há para se permitirem biografias tanto em vida quanto após a morte, devendo-se ter a compreensão ainda mais verdadeira de que a obra escrita é apenas uma das possíveis leituras a respeito do biografado. Além disso, vemos como salutar para o amadurecimento da democracia e da nossa sociedade que as críticas, as divergências e os elogios façam parte da arena pública. Apenas lidando com o desprazer e a discordância, poderemos chegar ao

ponto de entendermos que o maior perigo para qualquer democracia é o perigo da versão única.

⁷¹⁵ Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? Editorial. *civilistica.com*. Revista eletrônica de Direito Civil, ano 2, nº 2, 2013.

⁷¹⁶ VILAS BOAS, 2008, p. 112.

⁷¹⁷ ARAÚJO, Marcelo de. Liberdade de expressão e a questão das biografias não autorizadas no Brasil: a quem pertence a memória nacional? *Revista Direito e Humanidades*. Disponível em:

<http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2332/1490>.

Acesso em: 10 dez. 2014.

⁷¹⁸ Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras”, em 4 de março de 2013.

3.3.2 A história em movimento: não existe biografia definitiva

Não existe biografia definitiva. Assim como não existe biografia completa.⁷¹⁹ E essas premissas nada têm a ver com a extensão do texto, senão que se fundamentam na própria estrutura que sustenta o conceito de biografia: o elemento antes examinado da *versão*.

Demonstração do que se diz pode ser extraída de notícia publicada no jornal *O Globo*, em coluna intitulada “Guerra das biografias”. Nela, o jornalista Ancelmo Gois informa que a editora Boitempo publicará em 2015 uma biografia de Luís Carlos Prestes escrita por sua filha, a historiadora Anita Prestes. A (ou uma delas) razão para a publicação, afirma o colunista, estaria no fato de a filha de Prestes ter “tachado como anticomunista o livro de Daniel Aarão Reis, *Prestes, um revolucionário entre dois mundos*”.⁷²⁰

Verifica-se, nesse caso, um bom exemplo de como a aceitação da ideia de versão pode ser enriquecedora para o debate público das ideias, com ganhos incalculáveis para a democracia, para a busca pela verdade histórica e para o aprimoramento do senso crítico coletivo. Nesse sentido, pertinente mostra-se a ponderação feita por Angelo Falzea em relação ao conceito de identidade pessoal a partir da metáfora da “imagem social da pessoa”. Na medida em que não existiriam nunca duas pessoas que vejam um sujeito do mesmo modo, sustenta o autor, não haveria, objetivamente, imagem alguma a ser tutelada, considerando que o que se tem é somente uma multiplicidade de imagens.⁷²¹

Nessa linha argumentativa, tem-se que nem mesmo uma biografia que se propusesse a escrever, dia a dia, a vida do biografado, em uma supostamente possível linearidade (já que o tempo vivido não é

linear, ao contrário do tempo do nosso corpo, cujo caminhar direciona-se, inexoravelmente, ao envelhecimento⁷²²), seria completa. As dimensões do tempo e do espaço narrativo, como ensina Vilas Boas, são múltiplas:

1) dimensão física, transcorrida no espaço-tempo onde os pés do biografado pisam ou pisaram; 2) a dimensão psicológica individual e coletiva — o tempo interior; 3) a dimensão do contexto, que ocorre fora do alcance físico e que é independente da vontade; 4) a dimensão imprevista — não manifesta.⁷²³

Já os episódios, estes sim podem ser “completos”.⁷²⁴ Mas o que dizer sobre a possibilidade de descoberta de novos documentos, de novas fontes dinâmicas, de novos paradigmas interpretativos? Diante de tais possibilidades — ao que se somam os argumentos da ausência de “biografias definitivas” e da ideia de “versão” — é que defendemos a legitimidade *prima facie* das narrativas biográficas.

De modo ainda mais crítico e analítico, afirma Bourdieu

Tentar compreender uma vida como uma série única e por si suficiente de acontecimentos sucessivos, sem outro vínculo que não a associação a um “sujeito” cuja constância certamente não é senão aquela de um nome próprio, é quase tão absurdo quanto tentar explicar a razão de um trajeto no metrô sem levar em conta a estrutura da rede, isto é, a matriz das relações objetivas entre as diferentes estações.⁷²⁵

Trecho importante da tese do autor em seu *A ilusão biográfica*, a metáfora do metrô é bastante repetida por autores que trabalham o tema do discurso biográfico. O parágrafo continua da seguinte forma:

Os acontecimentos biográficos se definem como *colocações* e *deslocamentos* no espaço social, isto é, mais precisamente nos diferentes estados sucessivos da estrutura da distribuição das diferentes espécies de capital que estão em jogo no campo considerado. O sentido dos movimentos que conduzem de uma posição a

outra (de um posto profissional a outro, de uma editora a outra, de uma diocese a outra etc.) evidentemente se define na relação objetiva entre o sentido e o valor, no momento considerado, dessas posições num espaço orientado. O que equivale a dizer que não podemos compreender uma trajetória (isto é, o *envelhecimento social* que, embora o acompanhe de forma inevitável, é independente do envelhecimento biológico) sem que tenhamos previamente construído os estados sucessivos do campo no qual se desenrolou e, logo, o conjunto das relações objetivas que uniram o agente considerado — pelo menos em certo número de estados pertinentes — ao conjunto dos outros agentes envolvidos no mesmo campo e confrontados com o mesmo espaço dos possíveis. Essa construção prévia também é a condição de qualquer avaliação rigorosa do que podemos chamar de *superfície social*, como descrição rigorosa da *personalidade* designada pelo próprio nome, isto é, o conjunto das posições simultaneamente ocupadas num dado momento por uma individualidade biológica socialmente instituída e que age como suporte de um conjunto de atributos e atribuições que lhe permitem intervir como agente eficiente em diferentes campos.⁷²⁶

É por levar em conta toda essa diversidade de “*deslocamentos* no espaço social”, de relações e construções sociais possíveis de serem apontadas em um estudo biográfico, que mais uma vez a ideia de versão apresentada neste livro, e elemento integrante do conceito de biografia, afasta o requisito da morte (fim da personalidade) como possível critério legitimador para a sua escrita. O que se verificará é que diferentes versões poderão ser apresentadas por distintos biógrafos (ou até por um mesmo), dependendo da época em que o estudo foi realizado.

⁷¹⁹ A crítica a uma “utopia biográfica”, que passa pelo fato de não se deixar escapar nenhum detalhe insignificante da vida do biografado, é mencionada por MALATIAN, 2008, p. 29-30.

⁷²⁰ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/ancelmo/posts/2015/01/02/a-coluna-de-hoje-557897.asp>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

⁷²¹ FALZEA, Angelo. Il diritto alla identità personale. In: AA.VV, *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 89 *apud* CAMPOS, Ligia Fabris. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico*

brasileiro. Dissertação de Mestrado — PUC-Rio. Orientadora Maria Celina Bodin de Moraes, 2006, p. 77. Na mesma linha de entendimento, para PACE não existiria uma “verdade pessoal”, derivando a proibição de se afirmarem falsidades nada mais do que um limite às liberdades de expressão e do pensamento. Alessandro PACE, Il c.d. diritto alla identità personale e gli articoli 2 e 21 della Costituzione. In: AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, Padova, Cedam, 1981, p. 38 *apud* CAMPOS, Ligia Fabris. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado — PUC-Rio. Orientadora Maria Celina Bodin de Moraes, 2006, p. 77.

⁷²² VILAS BOAS, 2008, p. 238.

⁷²³ *Ibidem*, p. 238-239.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 239.

⁷²⁵ BOURDIEU, 2006, p. 189-190.

⁷²⁶ BOURDIEU, 2006, p. 189-190.

3.4 Critério do meio de divulgação

Uma biografia de Lutero?

Não. Uma opinião sobre Lutero, nada mais.

Lucien Febvre

Estabelecida a premissa de que só em concreto se pode questionar a legitimidade da produção biográfica, a análise do critério de divulgação passa a ser relevante para fins de estabelecer, a partir do grau de perenidade substancial e do alcance da obra, considerando o seu meio de divulgação, qual valor deve ser reconhecido como merecedor de tutela na hipótese de colisão de direitos. Aplicando-se a regra⁷²⁷ da proporcionalidade de Robert Alexy, a qual estabelece como sub-regras a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*, verifica-se, em linha de diretriz, que o meio mais perene e de maior alcance requer uma produção biográfica mais cuidadosa do que se a publicação ocorresse em veículo de menor durabilidade e abrangência. Mas nem sempre esses dois critérios estarão presentes na mesma direção e então será preciso estabelecer como se dará a sua combinação para fins de legitimação da obra biográfica.

⁷²⁷ Destaca-se, por oportuna, a constatação de Virgílio Afonso da Silva sobre a aplicação da proporcionalidade como princípio. Diz o autor: “Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em *princípio da proporcionalidade*, o termo ‘princípio’ pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo ‘princípio’, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como ‘princípio da

anterioridade' ou 'princípio da legalidade' sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo 'princípio', qualquer tentativa de uniformização terminológica está fadada ao insucesso. Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo 'princípio' é deixar claro que ele, na expressão 'princípio da proporcionalidade', não tem o mesmo significado de 'princípio' na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy" (2002, p. 27).

3.4.1 Meios não perenes e perenes

Neste critério da perenidade, busca-se analisar a capacidade de duração de uma obra em sentido que não o físico ou material, mas sim no sentido de sua permanência como obra do intelecto, como objeto de pesquisa para gerações atuais e futuras. Em sentido físico ou material, a perenidade deve hoje levar em conta três modalidades de publicação: o impresso, o eletrônico/digital e o digital em rede, os quais vão dialogar com outras questões jurídicas de fundamental relevância na atualidade, como o já referido direito ao esquecimento.

Acerca da materialidade ou imaterialidade do canal, Mario Vargas Llosa faz um alerta na reflexão final de *A civilização do espetáculo*, no sentido de que não se deveria ver, contemporaneamente, a troca do livro de papel pelo eletrônico como inócua, como simples troca de invólucro. Segundo o escritor:

Não tenho como demonstrá-lo, mas desconfio que, quando os escritores escreverem literatura virtual, não escreverão da mesma maneira que vieram escrevendo até agora, pensando na materialização de seus escritos nesse objeto concreto, tátil e durável que é (ou nos parece ser) o livro. Algo da imaterialidade do livro eletrônico contagiara seu conteúdo, como ocorre com esta literatura canhestra, que domina no mundo de blogs, twitter, facebook e outros sistemas de comunicação através da rede, como se seus autores, ao usarem esse simulacro que é a ordem digital para se expressar, se sentissem libertos de qualquer exigência formal e autorizados a atropelar a gramática, o bom senso e os princípios mais elementares de correção linguística. A televisão até agora é a melhor demonstração de que a tela banaliza os conteúdos — sobretudo as ideias — e tende a transformar em espetáculo (no sentido mais epidérmico e efêmero do termo) tudo o que passa por ela. Minha impressão é de que literatura, filosofia, história, crítica de arte, sem falar da poesia, em suma, todas as manifestações da cultura escrita para a rede serão sem dúvida cada vez mais de entretenimento, ou seja, mais superficiais e passageiras, como tudo o que se torna dependente da atualidade. Se for assim, os leitores das novas gerações

difícilmente estarão em condições de apreciar tudo o que valem e significaram certas obras exigentes de pensamento ou criação, pois elas lhes parecerão tão remotas e excêntricas como o são para nós as disputas escolásticas medievais sobre os anjos ou os tratados de alquimistas sobre a pedra filosofal.⁷²⁸

Como meios menos duradouros ou perenes podemos destacar aqui a mídia periódica, com seus jornais diários e revistas semanais e mensais, sejam impressos ou em mídia digital. No exemplo dos perfis e biografias publicados em jornais e revistas, em edições especiais, ampliadas e seriadas, ou em obituários (e que, como conceituamos no capítulo introdutório, não se incluem no conceito de biografia aqui utilizado), a despeito de sua mais ampla circulação, não se verifica a mesma perenidade que se pode reconhecer a uma obra biográfica na forma de livro. O comum é que, após a leitura do jornal, da revista ou da página de internet, esses sejam “descartados”, o que não ocorre com o livro.

Pode-se concluir, neste item, que o meio mais perene enquanto obra do intelecto está nas produções de característica mais acadêmica do que naquelas de caráter mais popular, embora o alcance destas possa ser maior em termos quantitativos, isto é, a repercussão social de uma eventual ofensa será ampliada em termos numéricos. O que isso significa para a maior ou menor proteção legal da obra somente o juiz, no caso concreto, na análise conjunta com os demais critérios, poderá qualificar. Em linha de diretriz, como acima dissemos, o meio mais perene e de maior alcance deverá requerer uma produção biográfica mais cuidadosa do que se a publicação ocorre em veículo de menor durabilidade. No entanto, definir um peso específico e determinante a critério do meio de divulgação, cuja relevância em relação ao critério subjetivo defendemos como sendo secundária, poderá pôr em risco o adequado balanço na proteção dos direitos em conflito.

Examinemos, ainda, além do tipo de narrativa (perenidade no sentido de conteúdo), o meio físico utilizado para sua divulgação, a saber: o impresso e o digital, o cinema e a televisão.

⁷²⁸ LLOSA, 2013, p. 186-187.

3.4.2 O impresso e o digital, o cinema e a televisão

O alcance do cinema, assim como o da televisão — que, possivelmente, depois reproduzirá a obra cinematográfica no espaço aberto da concessão pública —, mostra-se infinitamente superior ao do impresso e, pelo menos nos dias de hoje, no Brasil, também ao digital. Ainda que o objeto específico deste estudo sejam as biografias (e não as cinebiografias), no sentido de que a obra artística literária e não a cinematográfica seja o seu foco, certo é que não poderíamos deixar de abordar brevemente esse importante veículo de difusão de ideias, opiniões e pensamentos.

No Brasil e em outros países democráticos como os Estados Unidos, ao lado de editores e escritores, diretores, roteiristas e emissoras de rádio e televisão também enfrentam problemas jurídicos por suas obras, muitas delas deixando de vir a público por receio de uma demanda judicial. No país, a título de exemplo, a minissérie *Amazônia* — de Galvez a Chico Mendes, produzida pela Rede Globo, foi ao ar e acabou sofrendo ações judiciais dos herdeiros de Chico Mendes e de Wilson Pinheiro.⁷²⁹

Em outra produção da Rede Globo, por sua vez, o problema não foi a falta de autorização prévia dos herdeiros, mas sim o elemento central do conceito de biografia aqui defendido: a ideia de versão. Na minissérie *Tim Maia — vale o que vier*, a emissora é acusada de alterar a verdade dos fatos que envolviam dois personagens centrais da música popular brasileira: Roberto Carlos e Tim Maia. A polêmica e o desagrado com a versão apresentada chegou ao próprio diretor do filme que deu origem à minissérie. Mauro Lima, diretor de *Tim*

Maia, chegou a pedir que as pessoas não assistissem à produção televisiva.⁷³⁹

Em ambos os casos, entendemos que as produções televisivas deveriam ser permitidas na qualidade de versões de uma história, do mesmo modo que se entende igualmente legítimo o referido boicote sugerido pelo autor da obra principal cinematográfica. A não ser na hipótese de demonstração de violação a direito autoral do diretor — que poderia não reconhecer como sua a obra e, com base na Lei de Direitos Autorais brasileira, pleitear violação a seu direito moral de autor —, não se verifica nenhum abuso cometido pelo referido canal televisivo, o qual parece ter agido dentro do espectro de liberdade de expressão e criação artística conferido pelo estado constitucional brasileiro.

Dúvidas não restam, todavia, de que o impacto de dois dias de transmissão de uma minissérie (ou melhor, microssérie) na tevê aberta pelo canal de maior audiência do país é maior do que o das produções literárias que serviam de base para a sua construção (no caso da cena questionada na versão apresentada pela televisão, que envolvia a relação entre Tim Maia e Roberto Carlos, tanto o livro de Nelson Motta, *Vale tudo — o som e a fúria de Tim Maia*, quanto o livro de Paulo Cesar de Araújo, *Roberto Carlos em detalhes*, relatam os acontecimentos; e, frise-se, de modo distinto ao apresentado na televisão). Provavelmente, se uma pesquisa fosse feita para saber qual a versão que a maioria das pessoas conhece da história, a versão televisiva sairia em vantagem. Uma, porque a obra *Roberto Carlos em detalhes* se encontra proibida de circular no país desde 2007, logo após a sua publicação. Duas, porque a repercussão social da mídia televisiva é infinitamente maior do que a escrita em um país de

poucos leitores como o Brasil. E esse dado deve ser considerado pelo julgador diante de um caso concreto.

Nesse sentido, defende-se que o julgador deverá levar em conta, quando da análise de um caso posto em julgamento, qual a repercussão social do fato para as partes envolvidas, da mesma forma como, nos critérios para a qualificação e quantificação do dano moral, sustentam a doutrina e a jurisprudência. Tal medida mostra-se relevante especialmente quando se assume a escolha pela técnica da ponderação com base na regra da proporcionalidade. Se, como afirmamos na subseção 3.4.1, em linha de diretriz o meio mais perene deverá requerer uma produção biográfica mais cuidadosa do que se a publicação ocorresse em veículo de menor durabilidade, também aquele que for de maior alcance, como o cinema e a televisão, deverá fazê-lo.

Não passa desapercibido por nós que o meio de maior alcance, *in casu*, pode ser também o menos perene. Essa combinação de critérios deverá ser levada em conta pelo magistrado que, com mais razão, deverá fundamentar a sua decisão⁷³¹ e cuidadosamente detalhar as circunstâncias do caso. Consoante afirma a melhor doutrina, quando indica um “acórdão exemplar”:

Pode-se concordar ou discordar da escolha dos elementos, do *quantum* atribuído a cada um deles, do valor total da indenização, e do que mais for. Tudo está dito, explicitado, motivado. Portanto, a concordância e a discordância se darão em bases racionais, conhecidas por todos, a partir das quais será possível começar a edificar os princípios da reparação do dano moral, com a criteriologia apropriada para o tempo presente.⁷³²

⁷²⁹ Em sentenças proferidas pela 4ª Vara Cível de Rio Branco/AC nas ações judiciais nº 0008522-97.2009.08.0001, 0021814-23.2007.8.01.0001 e 0023855-89.2009.8.01.0001, a juíza condenou a ré Rede Globo ao pagamento de danos materiais em razão da veiculação da obra sem a autorização dos herdeiros. Todos os processos encontram-se em

grau de recurso, conforme última informação processual de 14 jan. 2015, do site do TJAC (www.tjac.jus.br).

730 Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/televisao,serie-tim-maia-da-globo-causa-polemica,1615086>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

731 Art. 93 da CF/88: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)”.

732 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 318.

3.5 Critério consequencialista

Não li e não gostei.

Oswald de Andrade

A partir do conceito proposto no capítulo introdutório, biografia é *toda narrativa longa sobre a vida de alguém contada por outrem, a partir de dados coletados de fontes não anônimas, que resulta em uma versão dentre várias possíveis, com a finalidade de promover valores sociais como a cultura e a preservação da memória*. Considerando que tais relatos podem gerar — e de fato geram — consequências de diversas ordens, tanto na esfera privada como na esfera pública, questiona-se: como reconhecer o legítimo interesse público e social a partir da análise das consequências (sociais, políticas e econômicas) da obra? Além disso, qual deve ser a importância conferida às consequências pessoais impostas aos terceiros (familiares ou não) para fins de merecimento de tutela do relato em nome da liberdade de expressão?

Análises consequencialistas como as empreendidas pela escola da análise econômica do direito não são o foco desta seção, na medida em que configuram uma análise de escolhas tópica, na qual a normatividade não é pressuposta. Nesta metodologia, o critério (valor) é a eficiência, o que conduzirá a tomada de decisão do julgador por um caminho predeterminado nesse sentido, independentemente de outros paradigmas de decisão que com ele conflitem.⁷³³ O que se pretende nesta seção, tão somente, é apontar a relevância de uma análise completa do problema a solucionar, de

modo a que a decisão do caso concreto possa ser a mais justa possível, não se perdendo de vista que toda conduta humana é capaz de gerar uma série variável de consequências nos planos tanto fático quanto jurídico.

733 Em seu livro *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, Ricardo Luis Lorenzetti trabalha com a ideia do paradigma. “Denominaremos paradigmas os modelos decisórios que têm *status* anterior à regra e condicionam as decisões” (p. 183). Os paradigmas identificados pelo autor são: o paradigma de acesso aos bens jurídicos primários, o paradigma protetivo, o paradigma coletivo, o paradigma do Estado de Direito e o paradigma consequencialista. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. Trad. Bruno Nubens Barbosa Miragem. São Paulo: RT, 2010.

3.5.1 As consequências sociais, políticas e econômicas: o legítimo interesse público e social

O impacto das consequências (sociais, políticas e econômicas) não precisa ser grande para justificar a publicação de uma obra de caráter biográfico não autorizada por um biografado ou por um terceiro nela retratado. Precisa, todavia, ser suficiente e demonstrável a fim de que possa o julgador legitimar a flexibilização que precisará empreender nos direitos da personalidade examinados no capítulo anterior, haja vista a total impossibilidade de se produzir um relato de vida sem fazer uso da imagem ou ingressar na privacidade de seus personagens, como exaustivamente já se demonstrou.

Em análise de dois casos concretos (o *Caso Daniela Cicarelli* e o *Caso da Princesa Caroline de Mônaco*), Bruno Lewicki aponta a convergência de ambos, nos quais as retratadas tiveram sua imagem divulgada em cenas íntimas. Em uma delas, referente à princesa de Mônaco, há a reprodução de imagens da retratada em afazeres rotineiros (fazendo compras, passeando a cavalo, tropeçando em um clube etc.), ou seja, em cenas íntimas da sua vida doméstica.⁷³⁴ Na outra, a modelo brasileira é filmada em pleno ato sexual. Ambas, registre-se, foram flagradas em local público. A convergência dos casos encontra-se no fato de que, em nenhum deles, a despeito de toda a exposição feita das referidas pessoas, as matérias publicadas pela imprensa esforçaram-se em demonstrar qualquer consequência social, política ou econômica, isto é, não produziram qualquer acréscimo para a coletividade ou para um integrante do conjunto social. O interesse público e social era nulo.

De fato, de nenhuma maneira saber da vida dessas pessoas famosas transformou o público leitor dos veículos — e, certamente, tampouco aqueles que elaboraram as respectivas matérias — ou gerou qualquer impacto nas esferas pública e social. A curiosidade do público (interesse do público) não corresponde a interesse público, como já se disse na subseção 3.1.1, razão pela qual não se verificam consequências que legitimem os relatos e a publicação das imagens em detrimentos dos importantes direitos que lhes foram negados com as divulgações.

No terreno das biografias, dentre as consequências sociais aferíveis estão as exigências da arte, compreendidas na esfera do interesse público. Assim, “se a obra na qual são reproduzidos factos da vida de outrem, têm um notável valor literário, deve este ser tomado em conta para o fim de consentir-se a sua publicação [sic]”⁷³⁵ (mesmo que isso signifique limitação no “direito ao resguardo”). Embora esse critério possa parecer demasiado abstrato em um primeiro momento, entendemos que ele pode ajudar facilmente em uma série de casos notoriamente abusivos como os acima narrados.

⁷³⁴ LEWICKI, 2006, p. 214-215. Também examinou o caso e os fundamentos da decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que considerou violado o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco, 2013, p. 118. Destaque especial foi dado por Rodrigues Jr. ao fato de a Corte Europeia ter entendido que a princesa não poderia ser considerada uma pessoa pública apenas em razão de pertencer a uma família real.

⁷³⁵ DE CUPIS, 1961, p. 146.

3.5.2 As consequências pessoais para os sujeitos envolvidos: os terceiros e a função social das biografias

Quando se fala em “sujeitos envolvidos”, pensa-se tanto no biografado quanto nas pessoas retratadas na obra em razão de algum vínculo ou relação com ele estabelecidos: os chamados “terceiros”. Ainda que sejam legitimados, nos termos da lei civil (art. 12, parágrafo único, e art. 20, parágrafo único, do CCb), para a propositura da ação que visa tutelar o direito próprio do biografado já falecido o cônjuge (ou companheiro) sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau, nos termos do parágrafo único do art. 12, ou, nos termos mais restritivos do art. 20, o cônjuge (companheiro), ascendente ou descendente, verdade é que as pessoas retratadas em uma biografia ultrapassam, por óbvio, a pessoa do biografado e daqueles que com ele possuem vínculo familiar. E aí duas perguntas se põem: 1. é possível ampliar a legitimação dos arts. 12 e 20 para outras pessoas que não as expressamente mencionadas nos referidos artigos? E ainda: 2. como (se é que se deve) protegê-las em relação a danos que sofram por ricochete ou mesmo de forma direta em razão da obra publicada?

Antes de tratarmos, todavia, dos terceiros, importante se mostra dizer que, em razão de os direitos da personalidade serem personalíssimos, “uma vez atingida a pessoa em sua dignidade, somente esta tem legitimidade para requerer as medidas judiciais cabíveis, por direito próprio”.⁷³⁶ Assim, se a morte põe termo aos direitos da personalidade (do retratado), o que justificaria a situação dos herdeiros que pleiteiam, por direito de outrem (o *de cuius*), as

pretensões reparatórias, bem como a retirada de obras biográficas do mercado?

O art. 943 do CCb dispõe, claramente, que “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. Assim, leciona a doutrina e interpreta a jurisprudência, incluem-se tais pretensões nos créditos do espólio. No entanto, como fica a situação em que o *de cujus*, em vida, expressa ou implicitamente⁷³⁷ tenha demonstrado a intenção de nada pleitear em relação à sua (publicada ou ainda não publicada) biografia? Teriam os legitimados acima o direito de exercer, em nome do *de cujus* e a benefício de suas heranças, um direito, leia-se, renunciável/dispositivo do falecido, de buscar judicialmente um ressarcimento que pelo próprio detentor do direito fora negado? Parece-nos que não.

Isso porque, se por um lado as pretensões reparatórias do morto incluem-se nos créditos do espólio, por outro se sobrepõe o direito daquele, que mesmo após sua morte deve ser preservado, de insurgir-se ou não contra atos em tese danosos à sua personalidade, já que o direito de ação não corresponde a uma dever de demandar.⁷³⁸ Deve-se, portanto, levar em conta qual fora sua conduta em vida, isto é, qual sua reação após a ofensa. Abordar a questão sob o ponto de vista exclusivo do interesse (patrimonial) dos herdeiros, deixando de lado a escolha feita em vida pelo *de cujus* de não utilizar o caminho do litígio, parece-nos priorizar o patrimônio em face da autonomia.⁷³⁹

Nessa linha, é de se observar o comportamento do próprio herdeiro (ou terceiro legitimamente interessado) em casos precedentes, isto é, em biografias (ou relatos similares) anteriores do *de cujus*. Da mesma forma como se deve analisar a conduta explícita ou implícita do morto, deve-se fazê-lo em relação ao comportamento

daqueles que pleiteiam a reparação por supostas ofensas. Assim, nos casos em que já tenha havido — expressa ou implicitamente — aceitação ou mesmo colaboração quanto à publicação de obra biográfica antecedente, ilegítima se mostrará, salvo se presentes outras circunstâncias de relevo, a conduta que alegar, em uma biografia posterior, violações que poderiam ter sido alegadas em relação à publicação anterior. Entender-se de forma distinta é desconsiderar de forma absoluta o valor liberdade de expressão em prol da exclusiva vontade do herdeiro (ou terceiro, repita-se), que poderá se posicionar favoravelmente a um ou outro relato sem maiores considerações de ordem valorativa no que tange aos direitos fundamentais em questão.

Ilustrativa é a sentença do Tribunal de Grande Instância de Paris de 27 de setembro de 2004, que, por aplicação da doutrina do comportamento contraditório, julgou improcedente o pedido de um filho contra o autor da biografia de sua mãe, o qual buscava ver condenada a referência a passagens sobre a vida de seu pai (um escritor), já anteriormente publicadas em obra sobre ele. O tribunal julgou o pleito improcedente, observando que, na obra dedicada à vida de seu pai e normalmente distribuída, o próprio demandante havia sido uma das pessoas a quem o biógrafo havia agradecido pela transmissão de arquivos, cartas, recordações e fotos, razão pela qual se podia supor que teria facilitado ou aprovado a publicação de tais relatos.⁷⁴⁰

Ainda que se possa sustentar a existência de diferença entre aceitar o relato de uma passagem da vida do biografado e aceitar toda uma obra a ela dedicada, como é uma biografia, certo é que, se o trecho em questão já é de conhecimento público, tendo alcançado a esfera pública de forma legítima e até com a concordância ou colaboração

do requerente, a análise de merecimento de tutela do pleito por parte do julgador deverá levar em conta tal cenário. Assim, no exame aprofundado das circunstâncias do caso concreto, tal fato militará em favor da liberdade e da defesa do gênero narrativo.

Todavia, outro fundamento atinge os membros da família do biografado falecido. Segundo a doutrina, é a “solidariedade familiar”, nesse caso, que justifica a atribuição do direito (próprio) — por ricochete — aos familiares em face dos responsáveis por violações à personalidade do morto, direito esse “revestido da característica de um *poder-dever*”, como assenta Ana Luiza Maia Nevares.⁷⁴¹ Segundo a autora, “desse modo, os familiares do finado não estarão apenas tutelando a personalidade do mesmo, mas, também, estarão tutelando a família da qual fazem parte (e, portanto, os seus próprios interesses)”.⁷⁴²

Sob a perspectiva estrita do *interesse próprio*, por pertencer a um mesmo núcleo familiar, a legitimidade parece ser justificada — e apenas importando, como viemos até agora defendendo, nos casos de efetivo não merecimento de tutela da obra biográfica. Já sob a perspectiva do supra-aludido *poder-dever*, repisamos o entendimento acima, no sentido de que, havendo demonstração de que o *de cuius* não se opunha a tal publicação, essa não pode nem deve ser barrada pelos familiares do biografado, sob a premissa de que lhe é violadora de direitos da personalidade. Entender de modo diverso seria atribuir maior margem de decisão ao familiar do que ao próprio detentor do direito.

Anderson Schreiber faz uma importante crítica quando menciona ter o legislador se apegado demasiadamente a uma construção patrimonialista (os herdeiros) para construir o rol de legitimados dos arts. 12 (quando deixa de fora a companheira, assim como o faz na

sucessão) e 20 (ao deixar de fora os parentes colaterais) como legitimados.⁷⁴³ Schreiber entende que o melhor teria sido deixar aberta a legitimidade para “qualquer pessoa que tivesse ‘interesse legítimo’ em ver protegida, nas circunstâncias concretas, a personalidade do morto”. Assim, “nem mesmo entidades coletivas deveriam ser descartadas. Ao juiz seria possível coibir eventuais abusos na análise do ‘interesse legítimo’ para cada ação judicial em particular”.⁷⁴⁴

Relativamente aos chamados “terceiros”, a premissa básica inicial é a de que, de algum modo, esses serão afetados pelas referências do biógrafo, porquanto não há como escrever qualquer relato sobre uma pessoa sem apontar as suas relações pessoais.⁷⁴⁵

A saída para esse que é um dos grandes problemas da polêmica envolvendo as biografias, já que aos terceiros não caberia a “escusa” do argumento da “figura pública *stricto sensu*”, está na proposta de Canotilho, Machado e Gaio Jr. acima referida na subseção 3.1.2, de considerá-las “figuras públicas involuntárias”.

Com efeito, essa nos parece a proposta mais adequada, na medida em que há inegável transformação de seu *status* em razão das relações estabelecidas com o biografado. Não se pode equipará-las puramente às figuras públicas, permitindo-se, sem outras razões, a confecção de sua biografia da mesma forma como defendida em relação àqueles, pois seria um grande ônus a elas imputado. Mas, dadas todas as outras motivações já explanadas — desde a importância do gênero nas diferentes áreas do conhecimento até a função social das biografias (ideia a seguir retomada) —, justifica-se uma menor proteção de seus direitos da personalidade, sob pena, mais uma vez, de inviabilização do gênero biográfico.

Daniel Madelénat definiu a função social das biografias, em uma perspectiva não jurídica, da seguinte forma:

A biografia gera uma parte da memória, liofiliza o passado em módulos prontos para consumo, irriga docemente o hoje com os encantos do ontem [...]. Desempenha uma função moral: tira as mônadas de sua solidão, abre veredas de pesquisa da identidade, escancara o santuário da personagem, propõe modelos que suscitam a projeção e a introjeção formativas.⁷⁴⁶

Em termos jurídicos, leciona Eugênio Facchini Neto que, no direito público, *locus* primeiro da noção de função, esta veio acompanhando os desdobramentos da ideia de democracia e da necessidade de controle do poder.⁷⁴⁷ Já no direito privado, ao qual também se passou a reconhecer uma função, ela está ligada ao valor da solidariedade⁷⁴⁸, presente na Constituição Federal brasileira em seu art. 3º, I. Mas qual o sentido de se dizer que as biografias possuem uma função social?

Para responder a essa questão, cabe reunir os fundamentos acima elencados para o reconhecimento da função social do direito (público e privado), a saber: democracia, controle do poder e solidariedade. A função social das biografias, como de resto das demais figuras e institutos jurídicos, está, em linhas gerais, em concretizar tais valores, os quais militam em prol da dignidade da pessoa humana. Verifica-se, nesse sentido, a capacidade da biografia de promover a democracia por meio da liberdade de expressão *lato sensu* — o que, por si, já é uma forma de controle do poder por meio da palavra — e de contribuir para o desenvolvimento existencial do sujeito através da promoção da produção histórico-cultural e de seu acesso. Não se defende, aqui, uma ideia de função social no sentido coletivo, isto é, de solidariedade como coesão, mas sim uma perspectiva de

solidariedade como alteridade, “na concretude da vida”, como aborda Eduardo Pianovski.⁷⁴⁹

Por fim, consoante já se referiu no capítulo primeiro, no caso das biografias há indiscutível interesse social na sua promoção, não sendo o fato de existir ganho econômico para a editora e para o biógrafo suficiente, de qualquer forma, para afastar a sua preponderância, daí podendo-se falar, por consequência, em uma função social das biografias, de resto reconhecida também pelo STF, em especial no voto da Ministra Rosa Weber, na ADI 4.815.

⁷³⁶ TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade após a morte. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 46, abr./jun. 2011, Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. V-VI, p. V.

⁷³⁷ Como exemplifica Verda y Beamonte, no caso em que se possa deduzir sua vontade a partir de atos concludentes, como a entrega de sua correspondência a um editor a fim de que as publique (2012, p. 35).

⁷³⁸ Com efeito, o que há é a sucessão dos herdeiros no “direito de ação” (que pode já ter iniciado ou não) que o falecido tinha em vida, como afirmou o STJ no REsp nº 324.886/PR, Rel. Min. José Delgado, j. 21/6/2011. Nesse caso, diante da divulgação pública de suspeita de HIV do morto, que ainda em vida já iniciara o pleito administrativo para ver responsabilizados os agentes do Estado pela publicação de edital que divulgava a sua condição de portador do vírus, a pressuposição é de que o próprio detentor do direito material buscaria, em todos os níveis, a responsabilização dos causadores do dano. No REsp nº 302.029/RJ, por sua vez, a questão foi profundamente examinada pelos Ministros, com votos em três diferentes direções. A questão tratava de suposta calúnia cometida em face do morto quando este ainda era vivo. No voto da Min. Rel. Nancy Andrichi constou que, embora fosse possível reconhecer-se, que, “em alguns casos, a vítima não tenha oportunidade, em razão de sua morte, de aproveitar-se de todos os benefícios proporcionados pela indenização pecuniária recebida em vida”, deveria se considerar que tal hipótese é excepcional, “não se podendo erigi-la em regra legitimadora da transmissibilidade hereditária da ação de indenização por danos morais, sob pena de desvirtuar os fundamentos e o escopo de tal indenização”. Com isso, entendeu a Ministra pela ausência de legitimidade ativa *ad causam* dos autores. Em voto divergente, o Min. Antônio de Pádua Ribeiro afirmou não ter dúvidas de que, sendo a reparação de um dano qualquer, moral ou material, feita, via de regra, com bens materiais, há a transmissibilidade deste por direito hereditário, razão por que haveria sim legitimidade dos herdeiros para propor a ação de indenização por ato dirigido contra o *de cuius*. E foi

adiante, sustentando caber indagar, em cada caso concreto, o porquê de não ter sido proposta a ação pela própria vítima, mas, embora sem adentrar neste mérito no caso em análise, deu provimento ao pleito dos herdeiros. Por fim, em voto-vista, referiu o Min. Ari Pargendler, em voto que vale ser transcrito, porquanto se nos afigura o mais correto: “O ‘direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la’ — está dito no artigo 1.526 do Código Civil — ‘transmitem-se com a herança, exceto nos casos que este Código excluir’”. Em princípio, portanto, o direito à indenização pelo dano moral se transmite hereditariamente. Mas, para esse efeito, é preciso, salvo melhor juízo, que a vítima, tenha, em vida, sentido o dano moral que os herdeiros querem ver reparado. Na espécie, a sindicância administrativa, que teria sido instaurada a partir de denúncia do recorrido, foi aberta em 20 de julho de 1993 (fl. 20), e encerrada a 22 de setembro do mesmo ano (fl. 30). O *de cujus* faleceu em 3 de junho de 1995 (fl. 09), decorridos dois anos depois disso, sem que, pelo menos exteriormente, tenha reconhecido, no episódio, qualquer dano moral. Só após sua morte as filhas — está dito na petição inicial — tiveram ciência do fato. Sabe-se, apenas, que *‘repudiou com veemência as insinuações e atribuiu o fato a eventual antipatia de algum advogado’* (fl. 51). Ora, se tomou a sindicância como um aborrecimento inerente às suas funções, e nunca manifestou, sequer aos parentes, o sentimento de ter sido atingido na sua honra ou reputação, os herdeiros não podem transformá-lo em vítima da *‘prática do crime de calúnia’* (fl. 10/11), para reivindicar, como sucessores, a indenização do dano moral correspondente. Por esse fundamento, voto no sentido de não conhecer do recurso especial.” STJ. REsp nº 302.029/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29/5/2001.

739 No mesmo sentido, de que se deve investigar a vontade do autor, é a posição da jurisprudência francesa. Assim em VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 42-45. Conforme julgado da Corte de Apelação de Paris de 2009, no qual se discutia a publicação de correspondência trocada pelo morto, diz o autor, “la persona investida del derecho de investigación ‘post mortem’ no dispone de un derecho absoluto, sino que debe ejercerlo al servicio de las obras y de su promoción, conforme a la voluntad del autor, por lo que para oponerse a la publicación debe demostrar que el autor era contrario a ella y que la misma no aporta ninguna aclaración útil para la comprensión y valoración de obras ya publicadas”.

740 VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 56. Com efeito, aponta o autor que a jurisprudência francesa “se inclina por permitir que uma biografia ‘redivulgue’ fatos já revelados por uma pessoa em suas memórias ou através de seu comportamento público”, como no caso de uma biografia dedicada à vida sentimental do ex-Presidente francês Nicolas Sarkozy. Entre outros argumentos, foi utilizado o de que “o próprio comportamento do casal teria chamado a atenção dos meios de comunicação sobre certos aspectos de sua vida privada”, tendo a demandante, sua mulher Carla Bruni, “concedido entrevistas sobre fatos semelhantes aos publicados na biografia, as quais já haviam sido publicadas em um jornal e em uma revista” (2012, p. 72, tradução nossa livre). No mesmo sentido, decisão referida à página 79 no que tange ao chamado “direito ao esquecimento”, no caso de a

própria pessoa já ter publicado anteriormente obra contendo as suas memórias. Na doutrina, também aponta esse posicionamento Jean Morange. MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. 5. ed. Trad. Eveline Bouteiller. Barueri: Manole, 2004, p. 182.

741 NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 129.

742 No mesmo sentido, no direito espanhol, SCARNECCHIA *apud* VERDA Y BEAMONTE. Segundo palavras deste, “la muerte del remitente y destinatario de las cartas extingue definitivamente el derecho a la reserva sobre la correspondencia, por lo que a los parientes no puede corresponderles, sino un derecho diverso que surge ‘ex novo’, en relación a ellos, y que encuentra su raíces en la defensa de sus sentimientos de amor y respecto del difunto, los cuales pueden verse perturbados por divulgaciones indirectas”. VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 35-36.

743 *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25. Na ação ajuizada pelos herdeiros de Manuel Bandeira contra o curta-metragem do cineasta Joaquim Pedro de Andrade, o juiz da 36ª Vara Cível do Rio de Janeiro afastou a alegação da defesa, que sustentava a ausência de legitimidade dos autores para ajuizar ações relativas ao direito de imagem do poeta, por serem parentes colaterais de quarto grau. Segundo o magistrado, “Em que pese o art. 20, parágrafo único mencionar apenas o cônjuge, os ascendentes e descendentes, mister se faz sua conjugação com o parágrafo único, do art.12 do Código Civil, que preceitua ter legitimidade para requerer que cesse a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, em se tratando de morto, o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral ate o quarto grau”. Disponível em: <<https://entrestantes.wordpress.com/2011/12/13/a-arte-de-manuel-bandeira-x-ganancia-contemporanea/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

744 NEVARES, 2009, p. 147. Ana Luiza Maia Nevares caminha na mesma direção, ao sustentar, em casos excepcionais, e com base na solidariedade não mais familiar mas social, a tutela *post mortem* do falecido por pessoa diversa das enumeradas nos referidos artigos (p. 132-135). Em sentido diverso parece entender Gustavo Tepedino, ao afirmar: “No âmbito da comunidade familiar surge direito próprio, a exigir do legislador norma específica, a um só tempo de legitimação e de contenção. Como a dizer: estas pessoas e somente estas pessoas podem requerer ressarcimento pelos danos que sofreram diante da violação à personalidade do defunto ou ausente; não já tantas outras que, a despeito do liame afetivo estabelecido com o falecido — a exemplo de ex-alunos, ex-clientes, ex-leitores, ex-admiradores de artistas ou atores, e assim por diante —, não são reconhecidas pelo ordenamento como partes legítimas para a propositura de ações. Afinal, como escreveu o Min. Nelson Hungria, ‘o que a lei protege, aqui, não é propriamente a honra dos mortos, mas a de seus parentes sobreviventes’”. Editorial, p. vi.

745 Nesse sentido, também Verda y Beamonte afirma que quem escreve suas memórias não pode deixar de referir-se às pessoas que com ele compartilharam experiências. Sem isso, não seria possível este gênero literário (VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 48).

⁷⁴⁶ MADELÉNAT *apud* DOSSE, 2009, p. 18.

⁷⁴⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista Jurídica*, a. 54, n. 349, p. 53-92, p. 57, nov. 2006.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁴⁹ RUZYK, 2011, *passim*.

3.6 As formas de tutela dos direitos contrapostos

A lei pode não resolver nada, mas dá cada ideia!

Millôr Fernandes

Decisões provisórias e decisões definitivas são tomadas diariamente por julgadores em todas as searas do Direito e nas diversas instâncias de deliberação. Nelas, efeitos mandamentais, condenatórios, declaratórios, constitutivos e executivos aparecem em conjunto ou separadamente, com o fim de fazer a justiça do caso concreto com a maior celeridade possível. No tema das biografias, embora a matéria mostre-se complexa em razão de suas múltiplas nuances, não é diferente.

De fato, julgar o merecimento de tutela em cada caso frente aos valores da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade é tarefa tormentosa e cada dia mais frequente nos tribunais ao redor do mundo. Países de longa tradição democrática (lembremos que esse não é o caso do Brasil) enfrentam o problema com soluções nem sempre coerentes e frequentemente questionadas tanto por defensores de uma maior liberdade quanto por aqueles que mais força atribuem a valores como honra, imagem e privacidade.

Na França (e mais amplamente na UE, por meio da CEDH), o esforço tem sido contínuo na tentativa de encontrar o necessário equilíbrio entre os princípios jurídicos que envolvem a presente discussão. No já referido *Caso Mitterrand*⁷⁵⁹, a Corte analisou se a interdição à liberdade de expressão realizada pela França foi

“proporcional ao objetivo legítimo que era perseguido”.⁷⁵¹ Para tanto, entendeu o aludido órgão europeu que era necessário “distinguir a decisão tomada cautelarmente pelos tribunais franceses da decisão tomada em definitivo, tendo em vista que a necessidade de ingerência na liberdade de expressão podia existir num primeiro momento, mas desaparecer no segundo período” e, nessas circunstâncias, “estimou que a interdição temporária da difusão do livro *O grande segredo*, até que as jurisdições competentes analisassem a sua compatibilidade com o segredo médico e os direitos do presidente falecido e de sua família, poderia justificar-se necessária numa sociedade democrática”.⁷⁵²

É no mesmo sentido, isto é, da possibilidade de interdições temporárias — extremamente bem fundamentadas — que nos posicionamos. Da mesma forma, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho também defende a possibilidade de medidas liminares em tais casos, mas as restringe com a afirmativa de que “a concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais. Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral”⁷⁵³, tese com a qual também concorda Luís Roberto Barroso.⁷⁵⁴ Discordamos abertamente dessa opinião, mas destacamos a importante diferenciação que faz Barroso ao referir que a reparação se mostra, em geral, satisfatória nas questões que envolvam honra e imagem — com o que ainda assim discordamos —; já no tocante à violação da privacidade, diz o autor, “a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável”.⁷⁵⁵

⁷⁵⁰ Seção 2.2, p. 122-124.

⁷⁵¹ AITH, Fernando. O grande segredo: o princípio do segredo médico profissional analisado a partir de decisão da corte europeia de direitos humanos (Trabalhos Forenses). *Revista de Direito Sanitário*, v. 5, n. 2, p. 106, julho de 2004. Disponível em:

<[http://www.google.com.br/url?](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdisan%2Farticle%2Fdownload%2F80687%2F84339&ei=qMHvU7yIMJPgsAT7hYGoAQ&usg=AFQjCNH7XwazYu3dXURqLMAA8E9udlS1Sg&sig2=91lYVxBCgFGoul9sMUcdsQ&bvm=bv.73231344,d.cWc)

[sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdisan%2Farticle%2Fdownload%2F80687%2F84339&ei=qMHvU7yIMJPgsAT7hYGoAQ&usg=AFQjCNH7XwazYu3dXURqLMAA8E9udlS1Sg&sig2=91lYVxBCgFGoul9sMUcdsQ&bvm=bv.73231344,d.cWc](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdisan%2Farticle%2Fdownload%2F80687%2F84339&ei=qMHvU7yIMJPgsAT7hYGoAQ&usg=AFQjCNH7XwazYu3dXURqLMAA8E9udlS1Sg&sig2=91lYVxBCgFGoul9sMUcdsQ&bvm=bv.73231344,d.cWc)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

752 *Ibidem, loc. cit.*

753 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 51, grifo nosso.

754 BARROSO, 2007b, p. 82-83.

755 BARROSO, 2007b, p. 90.

3.6.1 As tutelas judiciais diante de uma obra biográfica: a questão da censura

Ainda que seja a compreensão de muitos e renomados estudiosos da liberdade de expressão a configuração de censura prévia na proibição da circulação de uma obra literária (aqui entendida em sentido amplo como escritos de ficção ou não ficção), inclusive com suporte na vedação do art. 13.2, “a”, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esse não é o entendimento aqui defendido. Na interpretação de Fernando Toller — com a qual concordamos — a leitura que a doutrina majoritária realiza dessa norma é equivocada, uma vez que não a restringe à vedação da censura prévia administrativa, ampliando-a a toda e qualquer restrição prévia. Deixa-se, assim, de proceder a uma interpretação sistemática do encadeamento normativo desse instrumento internacional, o qual mostra igual obrigação de proteger direitos outros, como a vida, a privacidade e a reputação.⁷⁵⁶ Partimos, portanto, da premissa, a seguir demonstrada, de que uma tutela preventiva — que será por alguns chamada de censura — é aplicável no terreno da publicação de obras como as biográficas, não se confundindo tal proteção com censura.⁷⁵⁷

Essa atuação judicial é compreendida por uma corrente minoritária de autores como *não censura* ou *censura imprópria*, porquanto configura “fenômeno alheio, qualitativa e quantitativamente, da censura propriamente dita”, ou seja, aquela proveniente dos Poderes Legislativo ou Executivo.⁷⁵⁸ Essa sim constituiria censura em sentido estrito, uma vez que inspirada em razões de natureza política, e através de normas gerais, ou de

instrumentação de normas gerais, exigindo uma prévia autorização ou licença para que haja a divulgação.⁷⁵⁹

Conforme Fernando Toller:

a prevenção judicial não é uma típica restrição prévia, mas guarda similitude com um sistema legal de responsabilidades *ex post facto*: ambos só se ativam em casos concretos, contam com a intervenção de um juiz e de garantias processuais, procuram evitar ou penalizar expressões não protegidas e o fazem em virtude de critérios jurídicos relativos ao dano a direitos fundamentais ou a bens públicos. Por sua vez, a prevenção judicial e as responsabilidades ulteriores se diferenciam, em ambos os casos, dos nefastos regimes de licença prévia ou de censura prévia, muito utilizados pelos governos autoritários.⁷⁶⁰

Baseado em um julgamento independente e imparcial (e submetido a mais de um grau de jurisdição), dentro de um caso concreto (de caráter excepcional) e a partir do requerimento de um particular com fundamento em direito de índole constitucional⁷⁶¹, o ato não representaria censura, *a priori*, mas limitação a uma liberdade pública, o que é plenamente possível diante da quase total ausência de direitos absolutos.⁷⁶² Pior se afigura a negativa frontal e irrestrita à atuação judicial, qualificando-a como censura, uma vez que traz em si a mensagem de que não há maiores problemas na violação a direitos da personalidade, podendo-se resolver tais “questões” no futuro (com o pagamento de indenizações, retratação, publicação da decisão judicial, sanções de mercado etc.). Significa, seguindo os passos da *prior restraint doctrine*, que o titular de um direito ameaçado pela difusão de uma expressão ou informação que provavelmente lhe causará grave dano se verá compelido “a assistir impassível à produção desse prejuízo, para só depois se ver facultado a solicitar ao juiz um ressarcimento civil ou uma sanção penal”.⁷⁶³ Por ela (liberdade de expressão), “paga-se um preço muito alto”, pois se sacrificam certos bens personalíssimos, como a honra ou a

privacidade⁷⁶⁴, já “relativizados”, registre-se, a partir da constatação de que o impedimento de alguns “danos colaterais” a tais direitos inviabilizaria o próprio gênero biográfico.

Sustenta Daniel Sarmento — opinião da qual compartilhamos — que a proteção dos direitos da personalidade, como as supra-apontadas honra e privacidade, de figuras públicas se mostra mais estreita quando colide com a liberdade de expressão, a partir da consideração de que a trajetória de vida dessas se confunde com a história coletiva. No entanto, ao reconhecer que abusos podem ocorrer e que devem ser coibidos, afirma o constitucionalista:

Isso não significa que os autores e editores de biografias sejam imunes à responsabilização, no caso de abusos, como a divulgação dolosa de fatos inverídicos pode justificar não só a responsabilização civil pelos danos morais e materiais causados à vítima, como até mesmo a aplicação das sanções penais aos culpados, pela prática de crimes contra a honra. *O que não pode haver, numa democracia, é a institucionalização da censura prévia privada a obras artísticas e históricas* (grifo nosso).⁷⁶⁵

A censura (especificamente, a censura prévia), com a qual não concordamos, é a que possibilita aos legitimados legais vetar a publicação de uma obra pelo simples fato de ser biográfica, forte nos argumentos já abordados nos capítulos precedentes, que passam pela ideia de pertencimento exclusivo da história, absolutização dos direitos da personalidade e “comodificação” da privacidade.

É essa censura que não se encontra em países democráticos⁷⁶⁶ que, igualmente, protegem com grande entusiasmo os direitos da personalidade, como França, Alemanha, Espanha e Itália, e se afastam de ordens jurídicas mais liberais, como a americana. Para Verda y Beamonte:

Es claro que el autor de la biografía de una persona pública no tiene necesidad del consentimiento de ésta para su publicación, como tampoco tiene por qué comunicarle previamente su aparición.

En este sentido se ha pronunciado la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 26 de abril de 2000, la cual afirma, tajantemente, que el autor de una biografía no puede ser condenado (antes de su aparición) a la medida cautelar de comunicar a la persona interesada los pasajes del libro que conciernen a su vida privada. En el caso concreto, consideró que la notoriedad de la demandante, las informaciones que ella misma había suministrado sobre diferentes aspectos de su personalidad, sus actividades y relaciones, así como las características propias de la biografía (que, en sí misma implica una cierta intrusión en la vida personal del sujeto), hacían que la medida cautelar que se pedía fuera desproporcionada.⁷⁶⁷

Assim, é essa a censura que deve ser revista e afastada, dado que em desacordo com a ordem constitucional brasileira. É a exigência de prévia autorização que cria a censura e não a proteção ampla e eficaz (inclusive com a possibilidade de tutela preventiva) dos direitos da personalidade. Entender de modo diverso, isto é, negando aos direitos da personalidade a tutela antecipada, com a possibilidade de proibir a publicação da obra biográfica que não atenda aos critérios legitimadores para sua produção e divulgação, equivale a reconhecer uma preferência absoluta do direito à liberdade de expressão, o que não condiz com o sistema constitucional brasileiro. Nosso sistema já prevê controle *ex ante*, haja vista a vedação ao discurso de ódio, às narrativas que coloquem em risco vulneráveis ou àquelas que afrontem a segurança nacional.⁷⁶⁸

Portanto, o que se pretende nada mais é do que, por via judicial — já que pela via legislativa, aí sim, há verdadeiramente censura na exigência de autorização prévia — possibilitar-se a defesa ampla de direitos tão importantes quanto a defesa de minorias e de

vulneráveis, que nada mais expressam do que o valor constitucional máximo: a dignidade da pessoa humana do art. 1º, III, da CF/88.

Decisão interessante foi proferida pelo Tribunal de Grande Instância de Paris em 1990, em caso no qual se questionava a inclusão, no capítulo final da biografia de um renomado escritor, de cartas dirigidas ao biógrafo, nas quais o escritor relatava a dolorosa doença que o vitimara. Na ação judicial, a viúva pleiteava a supressão do referido trecho, o que não foi aceito pela Corte, que encontrou certa harmonia em uma decisão intermediária. Considerando que a obra era de caráter literário, que constituía uma homenagem ao escritor e que existia o interesse dos leitores pela informação, limitou-se a determinar a inserção no livro de uma “advertência” de que as cartas eram publicadas sem o consentimento da demandante, sem proibir o conhecimento do público.⁷⁶⁹

Para alguns casos uma boa alternativa pode ser esta: *advertência* no lugar de *autorização*.⁷⁷⁰ Em outros, a ponderação dos valores em conflito levará a uma “restrição” (limite) da liberdade comunicativa, que pode se dar *ex ante*, a depender da comprovação de que o direito à liberdade fora ultrapassado no caso concreto ou não. Ou seja, havendo demonstração de que houve abuso no direito à liberdade por parte do biógrafo, por meio de um juízo de merecimento de tutela que leve em conta o perigo na demora da prestação jurisdicional e, mais do que uma fumaça de bom direito, uma forte violação a direitos da personalidade do autor da demanda, a restrição *ex ante* se mostrará legítima. Para tanto, desde já se afirma que caberá ao ofendido fazer prova do alegado, inclusive e especialmente com a juntada da obra contestada à sua petição inicial e destacados os pontos controvertidos⁷⁷¹, tendo em vista que a limitação ao direito à liberdade de expressão é consequência pesada

para não ser precedida de um conhecimento, se não exauriente por parte do julgador, pelo menos completo o suficiente para o efeito (retirada de circulação da obra) pretendido.

Se por um lado a tutela preventiva tem sido vista por significativa doutrina como censura, não é menos verdade que também se reconhece na responsabilidade *ex post facto* perigo parecido, o da autocensura ou mesmo um outro modo de se praticar a mesma censura prévia. Não há, portanto, argumentos lógicos para estabelecer qualquer diferença entre um e outro mecanismo⁷⁷², tendo em vista a possibilidade de uma condenação subsequente.⁷⁷³ De toda forma, não se pode deixar de mencionar que, em países como Portugal e Brasil, que escreveram em suas constituições estar proibido qualquer tipo de censura, a tendência tem sido de considerar que “as disposições constitucionais parecem sugerir que se privilegiem mecanismos como a responsabilidade civil e penal, o direito de resposta e retificação, a publicação das sentenças judiciais e dos pedidos de desculpas para a repressão de ofensas a esses direitos”.⁷⁷⁴ A possibilidade de intervenção prévia seria medida extremamente excepcional, “quando esteja em causa violação grave, intolerável e irreparável dos direitos de personalidade”.⁷⁷⁵

Assiste razão, no entanto, a Eduardo Andrés Bertoni, quando afirma que a saída encontrada pelo art. 13.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de apenas permitir sanções posteriores, como a experiência indica, pode produzir os mesmos efeitos da censura prévia. E, portanto, sugere: “Por ello, tal vez los esfuerzos deban dirigirse a determinar qué clase de expresiones por su contenido no pueden ser sometidas a ninguna restricción posterior; y, por lo tanto, que son posibles de ello sólo las que quedan fuera de su grupo”.⁷⁷⁶

O que ora se defende não é a vulgarização da tutela judicial prévia nem a extrema excepcionalidade da medida antecipatória de retirada da obra do mercado. Defende-se a possibilidade de o julgador, analisando a própria obra (e não apenas relatos e trechos dela destacados pelas partes), decidir pela provisória retirada do mercado. Destaque-se que há, nesse sentido, tanto um ônus para a parte, de trazer aos autos, junto com sua peça introdutória, uma cópia integral da obra, quanto do magistrado, de realizar a sua leitura como peça instrutória fundamental da ação. Sem isso, qualquer juízo legal ficará prejudicado, pondo em risco o valor da liberdade de expressão.

Por fim, voltamos à pergunta formulada na subseção 2.6.1. Será suficiente a presença de um pequeno trecho, parágrafo, passagem ou frase ofensiva a algum dos direitos da personalidade analisados no capítulo anterior para suscitar a ilegalidade da publicação de uma biografia e sua consequente retirada do mercado com imputação de responsabilidade civil e até mesmo criminal a seu autor e à editora? A questão do “percentual de violação” é relevante?

No Direito Autoral, o critério da percentagem tem sido utilizado para definir o uso legítimo ou ilegítimo da obra de um artista sem que configure violação a direito patrimonial de autor, mesmo sem a existência de previsão expressa de qual seria esse percentual na Lei nº 6.910/1998 (Lei de Direitos Autorais). De modo geral, 30% são considerados pela doutrina e pela jurisprudência como limite para que alguém faça uso da obra de outrem, justificando-se a sua utilização dentro desse limite no fato de que, ainda que suprimidos os trechos, a obra produzida teria sua própria função e interesse, os quais apenas seriam mais bem alcançados com o uso da obra alheia em alguma medida. Essa medida, no entanto, não pode ser

considerada para o que aqui defenderemos, seja como o dano tolerável, seja como o erro tolerável na produção de uma obra biográfica.

Partindo-se da premissa defendida na conceituação jurídica de biografia, tem-se que a obra biográfica deve ser vista como uma versão sobre a vida de outrem, produzida por alguém que não se utilizou da expectativa legítima de confiança da pessoa para a sua elaboração, a partir de um método sério de pesquisa e de narrativa, que passa pelo desvelo das fontes e pelo reconhecimento de sua função histórica e cultural para toda a coletividade. Assim, deve-se aceitar, como em toda a produção de narrativas, que tanto algum grau de dano como o próprio erro poderão acontecer em alguma medida e ausente qualquer intenção difamatória (ou mesmo culpa *stricto sensu*), como algo que faça parte da normalidade⁷⁷⁷, já que “las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre, pues exigirse la verdad la única garantía sería el silencio”.⁷⁷⁸ Por isso, entendemos que retirar do mercado uma biografia que contenha um percentual baixo de erros, ainda que com potencial de violação de direitos da personalidade, seria, a princípio, medida extremamente restritiva para a liberdade de expressão.

Da mesma forma, qualquer sanção que atinja o biógrafo será considerada como inadequada nessa hipótese, assim como seria em relação ao médico que, embora diligente, estando diante de dois tratamentos igualmente cabíveis segundo o “estado da arte” para determinado quadro clínico, prescrevesse aquele que não conseguisse curar o paciente.⁷⁷⁹ Sugere-se, portanto, como melhor solução aquela tendente a mitigar os efeitos do erro, isto é, que o corrija (retificando a informação em edições futuras da obra) e não que o sancione (em uma ação com efeito condenatório de caráter

pecuniário ou restritivo). Assim, regularem-se os mecanismos de correção, passando pela retratação e o eventual recolhimento da obra para correção pontual do trecho questionado, seria medida de grande contribuição para a solução do impasse sobre as biografias no Brasil.

Seguindo essa linha argumentativa, aceita-se que, por outro lado e em caráter excepcional, se os “erros” forem de tal porte (ainda que em percentual pequeno) que atinjam de maneira grave os direitos da personalidade do biografado ou de algum dos terceiros e que tenham se verificado por culpa do biógrafo, tanto a tutela preventiva como a reparatória, que pode ser em espécie e/ou em natura, são devidas e deverão ser impostas via ação judicial de caráter condenatório.

756 TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39-41.

757 Conforme já se referiu, também na França, país que ora se toma a título de exemplo, medidas de urgência podem ser determinadas pelo Poder Judiciário, sem prejuízo da reparação civil correspondente (art. 1.382 do *Code Civil*), toda vez que se verificar um “atentado à intimidade da vida privada”. Na doutrina brasileira, recorde-se mais uma vez o parecer doutrinário de Ana Paula de Barcellos, referente à ADI 4.815, no qual a autora defende não ser possível proibir ao Judiciário o emprego da tutela específica para proteger o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, ainda que em caráter excepcional. BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e pessoas notórias. Liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre direitos fundamentais. Ponderação, caso concreto e acesso à justiça. Tutelas específica e indenizatória (parecer doutrinário, esp. p. 35). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140522-01.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

758 SAGÜES, 2006, p. 967; TOLLER, 2010, *passim*.

759 A vedação à censura, examinada historicamente em constituições como a norte-americana e a argentina, ademais, referir-se-ia à censura política, isto é, à administrativa e à legislativa. Assim em: SAGÜES, Néstor Pedro. Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2006, p. 965-975, p. 967-968, tomo II. Afirma Sagües, todavia, que nada impediria, partindo-se de uma interpretação dinâmica e evolutiva da Constituição (fenômeno de índole recente,

denominado neoconstitucionalismo), a configuração também da atuação judicial como censura, nos mesmos termos. Também apontando a diversidade de interpretações sobre o conceito de censura, chamando a atenção para o fato de o conceito ter tanto de jurídico como de extrajurídico, “nascido que foi da luta política pela liberdade de consciência, de pensamento e de expressão, contra as autoridades públicas eclesiásticas”. MACHADO, 2002, p. 490 *et seq.*

760 TOLLER, 2010, p. 81.

761 Predicados apontados por SAGÜES, 2006, p. 968.

762 Nesse sentido, veja-se nota de rodapé nº 22.

763 TOLLER, 2010, p. 34. Segundo o autor, é relevante assinalar que nem no Direito inglês, onde a doutrina das restrições prévias nasceu, ela é hoje seguida muito de perto. Já no Direito norte-americano, embora se trate de uma regra difícil de ser superada, destaca o autor que ela abarca amplos campos de atuação e diversas técnicas de funcionamento, já tendo, a Suprema Corte, reconhecido circunstâncias nas quais uma restrição prévia pode ser constitucional (p. 31-32 e 47).

764 SAGÜES, *op. cit.*, p. 970.

765 Assim em artigo publicado na edição de sexta-feira, 3 de agosto de 2012, do jornal *O Globo*.

766 ARAÚJO, Marcelo de. Liberdade de expressão e a questão das biografias não autorizadas no Brasil: a quem pertence a memória nacional? *Revista Direito e Humanidades*. Disponível em:

<http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2332/1490>.

Acesso em: 10 dez. 2014.

767 VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 61.

768 RODRIGUES JR., 2013, p. 122.

769 VERDA Y BEAMONTE, 2012, p. 37.

770 É intuitiva — mas não despropositada — a percepção comungada por muitos de que a insurgência que leva biografados e herdeiros a demandar judicialmente por uma biografia não autorizada encontra-se significativamente amparada no fato de não quererem reconhecer publicamente algum (ou alguns) dos fatos narrados pelo biógrafo. A expressa advertência na própria obra de que as pessoas ali retratadas não reconhecem aqueles fatos como verídicos e contra eles se opõem talvez pudesse amainar esse sentimento, diminuindo a litigiosidade.

771 Não reconhecemos, salvo casos extremamente excepcionais, a possibilidade de uma tutela judicial preventiva com base apenas em relatos. Esta é uma grande diferença em relação ao sistema da autorização prévia. Além disso, a decisão judicial antecipada pode ser revertida a qualquer momento, sendo, portanto, provisória, ao contrário também do sistema de autorização.

772 BERTONI, Eduardo Andrés. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los límites a las responsabilidades ulteriores. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*. 2. ed. Buenos Aires: Del

Puerto, 2007, p. 83.

773 MACHADO, 2002, p. 492-493. Parte da doutrina, afirma Machado, também ressalta o perigo dos custos econômicos para o editor, tendo em vista o montante que pode alcançar uma indenização depois de anos de publicação que se reconhece, ao final, não tutelada pela ordem jurídica. É por essa razão que nos colocamos contrários à tese defendida por alguns no debate público de atribuir-se um caráter punitivo às indenizações fixadas em razão de tais violações.

774 *Ibidem*, p. 773.

775 *Ibidem*, p. 774.

776 BERTONI, *op. cit.*, p. 107-108.

777 No campo da responsabilidade civil há construções teóricas no sentido de distinguir a culpa (médica) do erro (médico). Consoante leciona Ruy Rosado de Aguiar Jr., forte na jurisprudência da Corte de Cassação francesa: “a culpa supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana”. Responsabilidade civil do médico *apud* SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *civilistica.com*, a. 2, n. 2, p. 19, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2014/08/Eduardo-Nunes-de-Souza-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

778 Assim em sentença do Tribunal Constitucional Espanhol (STC 105/80/4) citada por Miguel Azpitarte. AZPITARTE, 2007, p. 258.

779 SOUZA, 2013, p. 19. A fim de evitar confusões e equivocadas analogias, diferenciemos as espécies de erro na responsabilidade médica e na responsabilidade do biógrafo. Naquela, o erro seria comportamental (ligado à conduta do agente), conforme SOUZA, 2013, p. 19. Nesta, o erro seria factual.

3.6.2 A autorregulamentação do setor é uma alternativa? A tese da autorregulamentação do setor e o modelo das agências reguladoras

Para Habermas, mostram-se positivas as formas de autorregulamentação em que o Estado está ausente, na medida em que os processos de formação das decisões passam a poder ser descritos como modalidades de atividade discursiva pública, em que os cidadãos participam, argumentando e controlando a racionalidade do diálogo.⁷⁸⁰

Pretende-se defender, no entanto, que se uma autorregulamentação do setor pode *contribuir* para uma solução mais equitativa dos direitos em conflito, ela não pode ser a única saída. Sendo os direitos da personalidade — notadamente a privacidade — um aspecto dos mais fundamentais da dignidade humana, deixar a sua salvaguarda primordialmente sob controle do mercado, por mais que seus mecanismos sejam aprimorados, não se nos afigura o melhor caminho.

Sempre que se pensa na autorregulamentação de um determinado setor econômico no Brasil, o primeiro exemplo que costuma ser lembrado é o do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). A ideia da autorregulamentação publicitária surgiu da ameaça do governo federal brasileiro que, na década de 1970 (durante a ditadura militar), pensava em sancionar uma lei que previa “uma espécie de censura prévia à propaganda”. Pela lei, somente a publicidade que recebesse o “de Acordo” poderia ser veiculada.⁷⁸¹

A partir dessa ameaça — que de algum modo poderia ser comparada à que cercou o setor livreiro e cultural de maneira ampla,

com a malfadada necessidade de autorização prévia para a publicação de obras biográficas e afins — pensou-se, na época, na criação de um Código, “que teria a função de zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor”.⁷⁸² Com isso, representantes do setor (agências, anunciantes e veículos de comunicação) convenceram as autoridades federais a engavetar o projeto e confiar que a própria publicidade brasileira estava madura para se autorregulamentar.

Na mesma linha, a ideia de uma autorregulamentação do setor editorial — talvez também com a criação de um código de conduta — é defendida por alguns estudiosos deste tema⁷⁸³, sobre o qual pendeu a censura prévia e um projeto de alteração legislativa bastante ruim. A elaboração de um “código de deontologia” suporia um mínimo de consenso em uma profissão (em termos amplos, o jornalismo) que é “mais diversa que qualquer outra”, considerando que nenhuma condição de diploma ou de qualificação é exigida para exercê-la, existindo consideráveis diferenças entre os profissionais, seja de competência e de honestidade, seja de entendimento quanto à concepção da profissão e sua deontologia, o que se constata nos planos nacional e internacional.⁷⁸⁴ Será, todavia, que estaríamos maduros para tanto nesse setor? Há importantes diferenças que devem ser lembradas entre a autorregulamentação dos setores publicitário e editorial. Vejamos.

Antes de mais nada, a autorregulamentação do setor publicitário é uma eficaz ferramenta para a proteção do mercado, pois é do próprio setor, leia-se, do empresariado, o interesse em proteger-se contra algumas práticas concorrenciais. Mais do que prejudicar os consumidores, condutas desleais prejudicam a concorrência, como se

dá não apenas com algumas formas de publicidade comparativa, mas também outros métodos desleais de atração do consumidor para determinada marca. No terreno editorial o mesmo não ocorre.

Retirar do mercado campanhas desleais ou agressivas surte mais efeito concorrencial do que surtiria a retirada de uma obra de livrarias e demais pontos de venda, já que em relação ao livro não se aplica a mesma noção de concorrência, pois se trata de um produto absolutamente sem equivalente. Toda obra é única, ainda que seja considerada uma versão. Nesse sentido, o efeito promotor da melhora no mercado que se verifica na autorregulamentação publicitária não pode ser aplicado ao setor livreiro nesse aspecto. E no que tange à possibilidade de um código uniforme de conduta, será possível utilizar o mesmo modelo, chegando-se a um equilíbrio entre os interesses envolvidos?

Não restam dúvidas de que o caminho do diálogo e do acerto é sempre melhor do que aquele da imposição legal — ou mesmo judicial — em qualquer assunto. Não seria diferente no que tange à controvérsia que opõe editoras, livreiros, biógrafos, biografados e demais personagens.

Mais uma vez, no entanto, é importante lembrar que o modelo do CONAR, que serviu para o setor publicitário quando esse também corria o risco da censura, encontra um outro ponto de divergência em relação a uma possível autorregulamentação do setor cultural literário. Quanto a este, a oposição não marca um limite censório imposto pelo Estado — contra o qual é sempre mais fácil a oposição —, mas fundamenta-se no direito de um grupo de cidadãos que é tanto amplo quanto heterogêneo, que é o das pessoas públicas, das pessoas que participaram de acontecimentos de interesse público e das pessoas que com aquelas e estas estabeleceram algum contato ou

relação. Ou seja, a oposição à liberdade nesse aspecto é, pelo menos aparentemente, muito mais defensável, tanto considerando a figura do censor quanto o grupo de possíveis ofendidos.

De fato, à diferença do que ocorre com os consumidores, que, embora sejam todos os indivíduos da sociedade, possuem uma unidade possível de ser traduzida em voz ativa por meio de organizações da sociedade civil, os interessados na regulamentação do mercado editorial não possuem um traço claro de unidade. Por isso, talvez por ora ainda seja necessária uma atuação mais ativa do Estado legislador e do Estado juiz, primeiro no sentido de retirar do ordenamento jurídico a limitação imposta pelo art. 20 do CCb (como já ocorreu) e, em seu lugar, editar normas que auxiliem o julgador na condução do caso concreto a partir de parâmetros decisórios que sirvam para todos os casos, pois não se defende aqui nenhuma forma de particularismo que nos mantenha no mesmo lugar onde hoje estamos.

Portanto, a autorregulamentação do setor ainda não nos parece uma alternativa no sentido próprio de que por meio dela o problema do mercado editorial estará resolvido. Considerando que os direitos em conflito costumam ser sustentados por seus defensores de forma aguerrida, como se tem visto no debate público sobre as biografias no Brasil, bem como nas decisões judiciais em que essas questões são levantadas, acreditamos que uma solução intermediária, com a presença mais ativa do Estado do que no modelo da autorregulamentação, mas de forma mais técnica e especializada, com maior escuta dos interessados e de toda a sociedade, seja a melhor alternativa. Pelo menos por ora.⁷⁸⁵

Assim, o modelo das agências reguladoras, com um poder sancionatório mais amplo do que ocorre em relação ao modelo de

autorregulamentação, partindo-se de sanções preferenciais e com o compromisso de uma especial agilidade, bem como de atuação não restrita ao mercado editorial, mas alcançando toda a imprensa (o que não é proposição novidadeira)⁷⁸⁶, mostra-se, neste momento da cultura social brasileira, um caminho interessante.

Divergimos fortemente da proposta de agilidade processual apresentada a debate pelo Deputado Ronaldo Caiado, no sentido de que seja legislado rito especial, de caráter sumário, em julgamento realizado por Vara e/ou Câmara especializada ou ainda pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para casos que envolvam a discussão em torno da liberdade de expressão *vs.* direitos da personalidade de pessoas biografadas. Pela emenda do Deputado Caiado ao PL 393, o art. 20 do Código Civil brasileiro passaria a contar com um § 3º, cuja redação contemplaria essa visão, *verbis*:

Na hipótese do § 2º, a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade poderá requerer, mediante o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas estas ao procedimento próprio.

Já em emenda proposta pelo Deputado Moreira Mendes, este sugeriu diferente redação ao § 3º, substituindo a aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95 pelo procedimento sumário, nos seguintes termos: “§ 3º: Na hipótese do § 2º, as ações judiciais por violação do direito à honra observarão o procedimento sumário regulado pelo Capítulo III do Título VII do Código de Processo Civil”.⁷⁸⁷

Ainda que se possa questionar qual o melhor procedimento para tais questões, para nós, resta evidente que os Juizados Especiais não seriam a via mais indicada para tratar de tema de tamanha

complexidade. Certo é que uma disciplina legislativa apropriada deve contemplar normas tanto materiais como processuais e procedimentais, de forma a instrumentalizar o alcance do melhor direito.

⁷⁸⁰ *Apud* HESPANHA, 2007, p. 190.

⁷⁸¹ Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

⁷⁸² *Ibidem*.

⁷⁸³ A autorregulamentação tem sido defendida como possibilidade útil para esta matéria por autores como Anderson Schreiber, Caitlin Mulholland, Thamís Dalsenter e Rebeca Garcia. SCHREIBER, 2011, p. 145; MULHOLLAND; DALSENTER, 2011, p. 91; GARCIA, 2012, p. 62-63.

⁷⁸⁴ MORANGE, 204, p. 304.

⁷⁸⁵ O Ministro aposentado do Supremo tribunal Federal Ayres Brito já sugeriu, nesse debate, a criação de uma entidade similar ao CNJ (Conselho Nacional de Justiça) para fiscalizar a imprensa. Assim em: “A censura é inconstitucional. Justiça em foco: os desafios de um Brasil mais justo” (publicação paga da OAB/RJ no jornal *O Globo*). *O Globo*, edição de 30/11/2013, p. 29.

⁷⁸⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 297.

⁷⁸⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=491955&subst=0>. Acesso em: 8 set. 2014.

Conclusões

Examinar o tema das biografias, não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas como obra da criação do intelecto humano acessível a toda pessoa, é abrir-se a diferentes perspectivas de análise. A especial interdisciplinaridade que envolve esse objeto, o qual sofre a ação recíproca de diferentes campos do saber, deve ser o ponto de partida para juristas e juízes em suas investigações e decisões.

Propõe-se, neste livro, solução alternativa à proibição da publicação de biografias não autorizadas no Brasil, vigente no país a partir da edição do Código Civil de 2002 e da interpretação que tem sido dada a seu art. 20 pelos tribunais. Se por um lado é verdade que os direitos da personalidade devem ser garantidos e, mais do que isso, promovidos como expressão da dignidade da pessoa humana — princípio constitucional de mais elevada hierarquia —, da mesma forma deve ocorrer com o princípio constitucional da liberdade de expressão em todas as suas formas (já que ele é um subprincípio da dignidade).

É por essa razão que não apenas interessará ao estudioso do tema a restrita análise do art. 20 do Código Civil. A discussão que o envolve é muito mais ampla e afeta aos direitos fundamentais antes referidos. A simples supressão da censura imposta pelo art. 20 do CCb não resolverá o complexo problema das liberdades nessa matéria.

Os posicionamentos aqui defendidos levam em consideração tanto o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 20 do CCB como o fato de que, mesmo que não aplicado o referido dispositivo em todos os casos levados a julgamento nos últimos anos, os tribunais nacionais não apontaram até agora parâmetros minimamente seguros para que editores, escritores, biografados e mesmo a sociedade saiba o que é permitido e o que não é, em terras brasileiras, no campo biográfico.

Assim, no capítulo 1 apontou-se um primeiro parâmetro — *parâmetro de qualificação* — para a aplicação dos critérios — *parâmetro de legitimação* (apresentados no capítulo 3). Isto é, construiu-se uma definição (conceito) de biografia, tendo em conta uma leitura multidisciplinar e que levasse em consideração tanto uma análise estrutural como funcional dessa figura aqui juridicizada. Defende-se, nessa linha, que biografia é *toda narrativa longa sobre a vida de alguém contada por outrem, a partir de dados coletados de fontes não anônimas, que resulta em uma versão dentre várias possíveis, com a finalidade de promover valores sociais como a cultura e a preservação da memória.*

A construção do conceito, com o objetivo de contribuir para a redução das margens de discricionariedade interpretativa de julgadores e aplicadores do direito, não indica, no entanto, que seja o caso de incluí-lo em texto da lei adjetiva. Por ora, é de se reservar à doutrina essa tarefa, a fim de que as reflexões doutrinárias na área se aprofundem, consolidando melhor as posições interpretativas, transformando, no futuro, *consensos políticos e sociais* em texto legal. Isso, inclusive, para fins de se ampliar a análise para outras formas de escrita, como as obras memorialísticas, as autobiografias, os perfis etc.

No capítulo 2 foram apresentados os *fundamentos* para a defesa do merecimento de tutela das referidas obras (ou sua negação), conforme o embate: liberdade de expressão *lato sensu versus* direitos da personalidade. Embora o conflito por vezes seja aparente, já que a própria ausência de um dos elementos estruturais ou a do funcional descaracterizará a licitude do relato biográfico, certo é que entre a ilicitude explícita e o merecimento de tutela há uma zona tormentosa de contraposição de direitos que precisa ser solucionada. A premissa jurídica desta abordagem é a de que, nesse percurso, deve-se afastar toda possibilidade de funcionalização da pessoa em razão da narrativa histórica ou da criação literária. Ao autor da obra competirá “organizar o universo dos discursos” de modo a evitar essa armadilha, que, uma vez superada, abre fronteiras para a produção biográfica.

Relativamente à liberdade de expressão em suas diversas espécies (*v.g.*, liberdade de pensamento, de pesquisa, de opinião, de crítica, liberdade artística, liberdade de expressão *stricto sensu* etc.), entende-se que ela deverá compatibilizar-se com a chamada “teoria dos sinais”, para que se identifique o quanto de ficção e o quanto de realidade o relato comporta, a fim de protegê-lo sob um ou alguns dos aspectos da liberdade mencionados e assim o legitimando em maior ou menor medida. Nesse sentido, assumimos a premissa de que uma “realidade fictícia” sobre um personagem da política nacional, por exemplo, não será merecedora da tutela geral da liberdade por ultrapassar a noção de versão formulada para o conceito de biografia, o qual não se ampara, exclusivamente, na liberdade artística. Por ter o poder de atingir a imagem da pessoa retratada, criando sobre ela uma “meia-verdade”, a liberdade de arte

cederá em face do direito da personalidade do político, pois *versão* e *ficção* não podem encontrar espaço em uma mesma narrativa.

Da mesma forma que uma realidade fictícia não pode ser aceita porquanto contradiz o elemento *versão* no sentido aqui empregado, toda narrativa longa que se mostre, em seu conjunto, intencionalmente ou maliciosamente difamatória viola a *finalidade de promover valores sociais como a cultura e a preservação da memória* e, nesse sentido, também não merece tutela. Assim, biografias de marcado caráter revanchista, vingativo, ofensivo etc., como aquelas escritas ou contratadas a biógrafos pagos por ex-companheiras(os) traídas(os), ex-funcionários descontentes com o fim da relação profissional ou ex-assessores preteridos de alguma maneira por seu antigo chefe, para exemplificar algumas, não mereceriam o amparo legal. Registre-se, no entanto, que não se deve confundir, no particular, biografias com livros-reportagens, sendo estes outro universo narrativo, que suscitará outras questões e perspectivas de análise.

Tal limitação aqui proposta em relação a ex-cônjuges, ex-companheiros, empregados (especialmente domésticos) e pessoas muito próximas do biografado, que com ele conviveram na intimidade e dela se aproveitam para escrever a biografia, também encontra óbice em outro filtro. Além de não configurar verdadeira biografia pela análise de seu perfil funcional e de incidir na ilicitude do abuso do direito (art. 187 do CCb), o servir-se da confiança do biografado e de sua legítima expectativa de privacidade pode justificar a proibição da publicação do relato, como desenvolvemos na subseção 3.1.3.

No capítulo 3 foram apresentados os *critérios* para a solução do conflito, bem como as formas de tutela dos respectivos direitos, de

modo a promover a adaptação dos sistemas material e processual ao tema específico da publicação de biografias. Destacou-se, mais uma vez, a inadequação da proposta legislativa em pauta no Brasil até meados do ano de 2015, por meio do PL nº 393 da Câmara dos Deputados.

Nos critérios subjetivos de análise de legitimidade de uma biografia (seção 3.1), destaca-se que, ao lado do exame da pessoa biografada (pessoa pública ou pessoa anônima; presença ou ausência de interesse público), deve-se analisar a pessoa do biógrafo. Considerando que ambos são protagonistas (embora não sejam os únicos interessados) dos direitos em conflito e de suas respectivas limitações, direcionar para apenas um deles a investigação é desequilibrar, injustificadamente, os pratos da balança.

Outro filtro que apontamos no capítulo 3 diz respeito ao percurso trilhado pelo biógrafo como critério objetivo a ser apreciado. Assim, deverá o biógrafo *apontar suas fontes e subtrair-se ao anonimato*, pois a transparência deve ser a principal característica de uma obra que se propõe a revelar a vida de outrem. Ainda que para muitos o uso da imagem do biografado possa configurar mais uma forma de violação de seus direitos da personalidade, entendemos justamente o contrário. “Comprovar” o que se afirma por meio de imagens é, pois, um modo de abrir as fontes, como exemplificamos ao tratarmos da biografia *Estrela solitária: um brasileiro chamado Garrincha*, e se apoia no próprio dever imposto aos biógrafos.

Uma terceira dimensão de critérios diz respeito ao tempo. Na seção 3.3 e suas subseções, defendemos que o fim da vida não deve funcionar, a princípio, como critério limitador da produção biográfica, a não ser na hipótese da biografia de pessoas anônimas. Entendemos que o fato de se tratar de uma versão sobre a vida do

biografado — dentre as diversas possíveis — afasta as alegações de que apenas ele mesmo poderia contar a sua história. Tal argumento se consolida, por fim, com a constatação de que é mais do que salutar para o amadurecimento da democracia e da nossa sociedade que as críticas, as divergências e os elogios façam parte da arena pública, sendo o grande perigo o da versão única, especialmente quando se trata da biografia de políticos.

Em seguida, sugerimos como critério — embora de menor envergadura, mas também importante para a construção do resultado final do merecimento de tutela da obra — o do meio de divulgação. Tal critério não se mostra determinante para a legitimidade de uma publicação biográfica por si só, mas, a título de orientação, sustenta-se que o meio mais perene e de maior alcance requeira uma produção biográfica mais cuidadosa do que se a publicação ocorre em veículo de menor durabilidade e abrangência. A combinação de ambos no caso concreto nem sempre será possível, e a sua harmonização para a proteção mais ampla da pessoa humana far-se-á no acerto com os demais critérios já explanados e com o próximo — e último — critério material: o critério consequencialista.

Esse critério, subdividido na investigação das consequências sociais, políticas e econômicas, de um lado, e das consequências pessoais para os sujeitos envolvidos, de outro, envolve mais de perto um problema comum a biografias não autorizadas e biografias autorizadas: os terceiros. Em relação a eles, o caminho mais adequado para a conformação dos direitos contrapostos, sob pena de se inviabilizar totalmente o gênero biográfico, é considerá-los “figuras públicas involuntárias”, aceitando essa transformação em seu *status* e os efeitos daí advindos como necessários para a conservação do direito de biografar e de ler biografias. O interesse

juridicamente tutelado da liberdade de expressão, na ponderação de direitos, deverá prevalecer, não apenas porque justificado na função social das biografias, mas, antes ainda, porque obedece a uma situação jurídica existencial: a liberdade da pessoa humana de se expressar. Nesse sentido, reconhecer-se a licitude do ato biográfico e, no momento seguinte, limitar a sua produção à não interferência na vida de terceiros, desconsiderando a contradição que há nessas afirmativas, é como conferir um direito, mas retirar-lhe toda a efetividade.

Por fim, quanto às formas de tutela dos direitos em litígio, sustentou-se a possibilidade de tutelas preventivas como a retirada de uma obra do mercado sem que isso configure, por si só, qualquer tipo de censura. A censura, assim qualificada, é notadamente aquela que possibilita aos legitimados legais vetar a publicação de uma obra pelo simples fato de ser biográfica, invocando argumentos como o pertencimento exclusivo da história. Entendemos que a proteção de tal comportamento significa assumir uma posição no sentido da absolutização dos direitos da personalidade e da “comodificação” da privacidade.

Em uma linha propositiva, sugerimos como alternativas possíveis, a depender das circunstâncias de cada caso — e que não são excludentes — medidas em âmbito judicial e extrajudicial. Assim, para alguns casos, uma alternativa poderá ser o uso da *advertência* (de que a biografia é não autorizada) no lugar de *autorização*. Em outros, a advertência não será suficiente, e a decisão judicial poderá ser, em último caso, a retirada da obra do mercado. Uma restrição à liberdade comunicativa desse porte, especialmente se *ex ante*, dependerá da comprovação de que o direito à liberdade fora ultrapassado no caso concreto, cabendo ao ofendido fazer essa prova,

sobretudo com a juntada da obra contestada à sua petição inicial e destacados os pontos controversos. De todo modo, defende-se a ideia de que sanções de caráter mais brando devem ser preferidas àquelas que importem o recolhimento da biografia das livrarias, tudo como forma de melhor proteger a pessoa tanto contra os abusos praticados pelo que se diz como, em igual medida, por aquilo que se proibiu que fosse dito.

Agradecimentos

Tão verdade quanto dizer que uma biografia é a história de várias vidas que se entrelaçam a partir de um personagem central — sendo, portanto, a pluralidade subjetiva uma característica inegável desses relatos — é dizer que uma tese de doutorado somente é possível com a participação de muitas pessoas.

Familiares, professores, amigos, colegas, amigos de amigos, são muitos aqueles que contribuem com questionamentos, ideias, críticas e concordâncias. Alguns são propositivos, apontam caminhos; outros mostram que talvez a ideia inicial mereça ser mais bem testada. Outros, ainda, oferecem seu silêncio quando só ele pode ajudar.

Assim, começo estes agradecimentos pelas pessoas mais importantes. Aos meus pais, Maria Gladis e Paulo Emilio, pelo amor e pela dedicação de toda a vida, responsáveis por ensinar — como primeiros educadores que são — que amor de mãe e de pai não conhece nenhuma fronteira.

Aos excelentes professores que tive na linha de Direito Civil do PPG-Dir./UERJ Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Carlos Nelson Konder, Gustavo Tepedino e Heloísa Helena Barboza, pelas aulas e pelos “intervalos de aulas”, tantas vezes ainda mais esclarecedores e motivadores do que aquelas. Aos também excepcionais professores que compuseram a banca de qualificação da tese, contribuindo com sua leitura atenta e críticas precisas para que a pesquisa final pudesse se aperfeiçoar, Gisela

Sampaio e Bruno Lewicki, meu muito obrigada por me honrarem com seu aceite.

Aos amigos e professores da PUC-Rio Caitlin Mulholland e Fábio Leite, meus sinceros agradecimentos por me despertarem para questões importantes relativas aos direitos da personalidade e da liberdade de expressão, mostrando, acima de tudo, que grandes amizades prosperam a despeito das maiores divergências acadêmicas. A vocês estendo um obrigada muito especial, além de todo meu carinho, respeito e admiração intelectual e pessoal.

Aos colegas do Doutorado e do Mestrado da UERJ que conheci nesses últimos quatro anos, trocando uma ideia nova com cada um e aprendendo com todos um pouco mais. Meus queridos Thamís Dalsenter, Ivana Coelho, Renata Vilela, Aline Terra, Thaís Sêco, Eduardo Nunes, Vitor Almeida, Paula Moura, Paula Bandeira, Márcio Faria, Antônio dos Reis, Daniele Teixeira e Daniel Bucar. Aos colegas da UFPR, Unilasalle e UniRitter/Laureate com os quais dialoguei em momentos cruciais da pesquisa e aos quais expus meus mais íntimos receios, respectivamente, Pablo Frota Malheiros, Marcos Catalan e Augusto Tânger Jardim.

Para meus amigos juristas e não juristas, um obrigada cheio de amor. A vocês que me trouxeram apoio e compreensão de formas tão distintas quanto imprescindíveis, me aceitando e acolhendo nos momentos de maior fragilidade ao longo desses anos — e mais ainda ao final da tese que agora vira livro. Assim, Adriana Araújo, André e Miguel Carregal, Livia Ghanem, Juliana Hack, Renata Peruzzo, Tatiana de Bona, Aglaé e Leda Tedesco, Rodrigo Barrouin e Bel Ponte.

Quase por fim, ao Tito Montenegro e à Giovana Maciel, que foram, em suas áreas, orientadores também. Ao Tito, jornalista, editor e

irmão, que além de ler a tese, apontar questões pertinentes e incentivar a caminhada, sempre foi a maior inspiração para meu crescimento intelectual. À Giovana, pela ajuda inimaginável que deu (acadêmica e emocionalmente), que não caberia ser explicada no espaço de um parágrafo...

Por fim, àquela que torna qualquer elogio pequeno diante da força de seu caráter, da inteligência de suas reflexões e da bondade com que acolhe, como verdadeiro amigo, o seu orientando, Maria Celina Bodin de Moraes, meu agradecimento mais expressivo. Com você aprendi muito sobre o Direito Civil, sobre o universo acadêmico e sobre a amizade. Diante de uma mulher que “não quer pupilos, quer interlocutores”, é preciso crescer para poder acompanhá-la. É assim que ela ensina, motivando os que compartilham do seu universo a serem cada dia melhores. A você, Celina, meu mais sincero muito obrigada.

Referências

- AITH, Fernando. O grande segredo: o princípio do segredo médico profissional analisado a partir de decisão da corte europeia de direitos humanos (Trabalhos Forenses). *Revista de Direito Sanitário*, v. 5, n. 2, julho de 2004, p. 98-115.
- ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.
- _. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ANDRADE, Mariza Guerra de. *Anel encantado: biografia e história em Raimundo Magalhães Junior*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- ARAÚJO, Marcelo de. Liberdade de expressão e a questão das biografias não autorizadas no Brasil: a quem pertence a memória nacional? *Revista Direito e Humanidades*. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2332/1490>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- ARAÚJO, Paulo Cesar de. *O réu e o rei: minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- ARFUCH, Leonor. *O espaço biográfico: dilemas da subjetividade contemporânea*. Trad. Paloma Vidal. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (EDUERJ), 2010.
- ARIÈS, Philippe. *O tempo da história*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 1992.
- AVELAR, Alexandre de Sá. A biografia como escrita da história: possibilidades, limites, tensões. *Dimensões*, v. 24, p. 157-172, 2010.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171-215.
- AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 253-270.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. O direito de não saber e os limites do dano indenizável. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 51, p. 153-175, jul./set. 2012.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *Intimidade e pessoas notórias*. Liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre direitos fundamentais. Ponderação, caso concreto e acesso à justiça. Tutelas específica e indenizatória (parecer doutrinário). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140522-01.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.
- BARRETO, Wanderlei de Paula. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 41, p. 135-159, jan./mar. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, out./dez. 2003. Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 59-102.
- . O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público (Prefácio). In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007a.
- . Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b, p. 63-100.
- BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. (Biblioteca básica).
- BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora da UnB, 1981.
- BERTONI, Eduardo Andrés. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los límites a las responsabilidades ulteriores. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.
- BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos da teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri/SP: Manole, 2007.

_. Sobre os direitos fundamentais do homem. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, 1992.

_. Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? Editorial. *Revista eletrônica civilistica.com*, ano 2, n. 2, 2013. Disponível em: <www.civilistica.com>.

_. Honra, liberdade de expressão e ponderação: comentários ao acórdão no REsp. 1.021.688/RJ (rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 16.07.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 563-614.

_. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_. O princípio da dignidade. In: _ (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

_. Por um ensino humanista do direito civil. *Revista eletrônica civilistica.com*, ano 1, n. 2, 2012. Disponível em: <www.civilistica.com>.

_. Professores ou Juízes? *Revista eletrônica civilistica.com*, ano 3, n. 2, 2014. Editorial. Disponível em: <www.civilistica.com>.

_. BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BOURDIEU, Pierre. A ilusão biográfica. In: AMADO, Janaína; FERREIRA, Marieta de Moraes (Org.). *Usos e abusos da história oral*. 8. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. *civilistica*, a. 2, n. 2, 2013.

BRASIL, Luiz Antonio de Assis. Todo romance é histórico. *Jornal da Biblioteca Pública do Paraná*. Especial capa (6/10/2014). Disponível em: <<http://www.candido.bpp.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=73&tit=Todo-romance-e-historico>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick. *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: University Press, 2010.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *civilistica.com*, a. 2, nº 3, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

CALLIGARIS, Contardo. Verdade de autobiografias e diários íntimos. *Revista Estudos Históricos*, v. 11, n. 21, 1998, p. 47. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2071>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CAMPOS, Ligia Fabris. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado — PUC-Rio. Orientadora Maria Celina Bodin de Moraes, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115.

—; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Biografias não autorizadas versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTRO, Ruy. Anotações de aula do curso *Ciência e arte da biografia*, ministrada por Ruy Castro na “Estação das Letras” (Rio de Janeiro), nos dias 4 e 11 de março de 2013.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. 3. ed. Coord. de Trad. Fabiana Komesu. São Paulo: Contexto, 2012.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito preferencial prima facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COELHO, Ivana Pedreira. *Direito de sátira: conflitos e parâmetros de ponderação*. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97-117.

COSTA JR., Paulo José da Costa. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Biblioteca do pensamento moderno).

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DIAS, Rafael. Ciência e sentimento na busca do menino perdido. Perfil — Gilberto Freire. *Revista da Cultura*, edição 76, p. 60-62, nov. 2013.

DIAS, Roberto. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 41, p. 204-224, jul./dez. 2012.

- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DOSSE, François. *O desafio biográfico: escrever uma vida*. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (EDUSP), 2009.
- DUARTE, Maurício. *Nem a morte nos separa: a relação de paixão incondicional de biógrafos por biografados — historiadores, jornalistas e escritores empenham suas próprias vidas na missão de reconstituir a de outras pessoas que jamais verão seus trabalhos*. Disponível em: <<http://www.revistadacultura.com.br/revistadacultura/detalhe/13-03->>. Acesso em: 1 jun. 2014.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeria. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- EICHENBERG, Fernando. Fogo amigo contra Hollande nas livrarias. *Jornal O Globo*, edição de 4 jan. 2015, “Mundo”, p. 37.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista Jurídica*, a. 54, n. 349, p. 53-92, nov. 2006.
- . A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da AJURIS*, a. 26, n. 75, p. 157-195, set. 1999.
- FERNANDES, Leticia. Na política, álbuns de família digitais: candidatos apostam na divulgação da intimidade para ganhar votos. *Jornal O Globo*, 2 mar. 2014, p. 4.
- FERRARA, Francesco. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 2. ed. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: A. Amado, 1963, p. 176.
- FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.
- GARCIA, Rebeca. Biografias não autorizadas: liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada. *Revista de Direito Privado*, v. 52, p. 37-70, out./dez. 2012.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.* Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/holmes.htm>>. Acesso em: 18 out. 2014.

- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- . *Responsabilidade civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. 2. ed. Trad. Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista — seu nexos interno. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-28, 2007.
- HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.
- IRTI, Natalino. L'Età della decodificazione. Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, *RT OnLine*, vol. 1, p. 405, jun. 2011, DTR\2012\1191.
- JAYME, Erik. Liberdade de arte no direito constitucional: repercussões no direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 143-149, 2014.
- . Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, n. 759, p. 24-40, jan. 1999.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2006.
- KALVEN JR., Harry. The reasonable man and the first amendment: Hill, Butts, and Walker. *The Supreme Court Review*, 267, 1967.
- LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- . Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, p. 211-219, jul./set. 2006.
- LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.
- LIXINSKI, Lucas. O direito moral de autor como direito de personalidade e a universalidade de sua proteção. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 7, v. 27, p. 49-79, jul./set. 2006.
- LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Nubens Barbosa Miragem. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- LYOTARD, Jean François. *A condição pós-moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. NERY JR., Nelson; Maria de Andrade Nery (Org.). *Revista dos Tribunais* (edição especial 100 anos: doutrinas essenciais — Responsabilidade civil, v. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25-40.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MALATIAN, Teresa Maria. A biografia e a história. *Cadernos Cedem*, UNESP/Franca, vol. 1, n. 1, p. 16-31, 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n 35, p. 61-96, jul./set. 2000.
- ; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.
- MATTOS. *O tempo Saquarema — a formação do estado imperial*. Rio de Janeiro: ACCESS, 1994.
- MEDEIROS, Jotabê. *O culpado é o mordomo*. *Jornal O Estado de S. Paulo*, 2 nov. 2013. Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,o-culpado-e-o-mordomo,1092522>>. Acesso em: 16 ago. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breve relato. *Observatório da jurisdição constitucional*, ano 4, 2010-2011. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/427/275>>. Acesso em: 5 jun. 2012.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A liberdade de expressão e o direito de crítica pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 22, Porto Alegre: UFRGS, set. 2002, p. 08-30.
- . Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 40 (out./dez. 2009). Rio de Janeiro: Padma, p. 17-69.
- MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01-23.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial, T. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MODERNO DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em:
<<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=biografia>>. Acesso em: 8 mar. 2014.

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. 5. ed. Trad. Eveline Bouteiller. Barueri: São Paulo, 2004.

MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v, 46, p. 179-188, abr./jun. 2011.

—; DALSENTER, Thamís. Biografias não autorizadas: uma história a ser contada. In: FUKELMAN, Clarisse. *Eu assino embaixo: biografia, memória e cultura*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014, p. 77-92.

NEVARES, Ana Luíza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Maria da Glória de. *Escrever vidas, narrar a história: a biografia como problema historiográfico no Brasil oitocentista*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

ORSI, Silvano Domenico. Defamation: tort or crime? A comparison of common law and civil jurisdiction. *The Dartmouth Law Journal*, v. IX:3, p. 19-48, dez. 2011.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

—. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PASKIN NETO, Max. *O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale: interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Bologna: Il Mulino, 2003.

POST, Robert. C. Three concepts of privacy. *Georgetown Law Journal*. Washington, DC: Georgetown University Law Center, June 2001, p. 2086-2098, esp. p. 2092. Disponível em: <findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200106/ai_n8995411?tag=rel.res3>. Acesso em: 10 jun. 2012.

PRADO, Thiago. Viveu, viu e ouviu: ex-mulher de Fernando Collor, Rosane Malta lança biografia com revelações sobre PC Farias e rituais de magia negra na Casa da Dinda.

Revista *Veja*, edição de 12 nov. 2014, p. 113.

PRINZ, Jesse. Contra a empatia. Trad. Flora Tucci, Alexandra Oliveira e Rodrigo Tavares. In: STRUCHINER, Noel et al (Org.). *Ética e realidade atual: implicações da abordagem experimental*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2011, p. 125-155.

REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REIS, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. *civilistica.com*, a. 2, n. 2, 2013.

ROCHA, Fernando Antônio Dusí. *O problema da verdade: literatura e direito*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2010.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil. In: CASETTARI, Christian (Coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*. Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 111-125.

_. Não há tendências na proteção ao direito ao esquecimento. Boletim eletrônico *Consultor Jurídico*, de 25/12/2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 26 out. 2014.

ROUANET, Sergio Paulo. *As razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*. Tomo II. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*, ano 1, n. 1, 2012.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do 'hate speech'. In: _. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207-262.

_. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23-116.

- _. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira (parecer doutrinário). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>>. Acesso em: 14 fev. 2015.
- SCHMIDT, Benito Bisso. Construindo biografias... Historiadores e jornalistas: aproximações e afastamentos. *Revista Estudos Históricos*, v. 10, nº 19 (1997), pp. 3-21, p. 6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2040/1179>>. Acesso em: 10 mar. 2014.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _. Direito e mídia. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 09-26.
- SCHWABE, Jürgen (Coletânea Original); MARTINS, Leonardo (Org. e Introdução); HENNIG, Beatriz *et al.* (Trad.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Fundação Konrad Adenauer, Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/16.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2014.
- SCHWEICH, Thomas A. Introdução. In: HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New York: Barnes & Nobles, 2004, p. xix-xxvii.
- SHAPIRO, James. *Quem escreveu Shakespeare?* A história de mais de quatro séculos de disputa pela herança de uma autoria. Trad. Liliana Negrello e Christian Schwartz. Curitiba: Nossa Cultura, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.
- SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, p. 33-71, jan./mar. 2003.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, p. 35-91, 2012.
- _. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *civilistica.com*, a. 2. n. 2. 2013, p. 19. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2014/08/Eduardo-Nunes-de-Souza-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2015.
- _. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, v. 58, p. 75-110, 2014.

- SZTAJNBERG, Deborah. *Cala a boca já morreu: a censura judicial das biografias*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015.
- TAVARES, Miguel Souza. Vidas privadas, públicos direitos. *Revista Tribuna do Advogado*, p. 28-29, dez./jan. 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. Informação e privacidade. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 535-538.
- _. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. Editorial *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, p. iii-v, 2008.
- _. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-16.
- _. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Org.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p. 257-271.
- TEPEDINO, Gustavo. Parecer doutrinário na ADI 4.815. Disponível em: <www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120823-06.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- _. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- THOMSON, Judith Jarvis. The right to privacy. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 4, No. 4. (Summer, 1975), p. 295-314. Disponível em: <<http://www.eecs.harvard.edu/cs199r/readings/thomson1975.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*. Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *Responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VILAS BOAS, Sergio. *Biografismo: reflexões sobre as escritas da vida*. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- XEXÉO, Artur. Um documentarista discreto. Segundo Caderno do Jornal *O Globo*, edição de 5 fev. 2014, p. 10.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. IV, n. 5, dez. 1890.
- WHITMAN, James Q. *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*, 113 Yale L.J. 1151, 1221, 2004.

WOLF, Alice. Entrevista com o Prof. Robert Alexy, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, out./dez. 2003, Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 311-320.

Autobiografias e biografias

ARAÚJO, Paulo Cesar de. *Roberto Carlos em detalhes*. São Paulo: Planeta, 2006.

BAKEWELL, Sarah. *Como viver: uma biografia de Montaigne em uma pergunta e vinte tentativas de resposta*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. In: MALIN, Laura. *Luiza Brunet: made in Brazil*. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

CASTRO, Ruy. *O anjo pornográfico: a vida de Nelson Rodrigues*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

_. *Estrela solitária: um brasileiro chamado Garrincha*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARCOU, Lilly. *A vida privada de Stálin*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MORAES, Isabella Lemos de. *Agora é viver: a história de uma família codependente*. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

PLUTARCO. *Vidas paralelas: Alexandre e César*. Apresentação de Voltaire Schilling. Trad. Júlia Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2011.

ROUDINESCO, Elisabeth. *Jacques Lacan: esboço de uma vida, história de um sistema de pensamento*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

STREET, Doca. *Mea culpa*. São Paulo: Planeta, 2006.

ZWEIG, Stefan. *Maria Antonieta: retrato de uma mulher comum*. Trad. Irene Aron. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.